

UNIVERSITE DE NICE SOPHIA ANTIPOLIS

**ECOLE DOCTORALE
DROIT ET SCIENCES POLITIQUES ECONOMIQUES ET DE GESTION**

RAISON JURIDIQUE ISLAMIQUE ET DROIT INTERNATIONAL

**Essai de modélisation des réactions des systèmes juridiques en interaction avec l'ordre juridique
international**

THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2015

par

Meriem GUETAT

Sous la direction de :

- **M. le professeur Philippe SAUNIER, Université Nice Sophia Antipolis**

Membres du Jury :

- **M. le Professeur Philippe SAUNIER, Université Nice Sophia Antipolis**
- **M. le Professeur Philippe WECKEL, Université Nice Sophia Antipolis**
- **M. le Professeur Slim LAGHMANI, Université de Carthage (rapporteur)**
- **M. le Professeur Jean-Jacques SUEUR, Université de Toulon (rapporteur)**

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières émises dans cette thèse, celles-ci étant considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

J'ai commencé cette thèse à un moment où toutes mes références venaient d'être bouleversées, où je devais faire face aux premiers coups durs de la vie et réaliser la part de sacrifice que renfermait tout choix. La rédaction d'une thèse n'étant pas un exercice anodin en temps normaux, cela ne faisait qu'en alourdir le fardeau.

Aujourd'hui, à la fin de ce parcours tumultueux, mes premières pensées vont à ma famille qui n'a jamais cessé de m'épauler et de me soutenir. Je remercie mes parents Fatimeh et Farid qui m'ont donné tout leur amour et leur affection, qui ont cultivé ma foi et ma liberté d'esprit à la fois, qui m'ont armé de connaissances et investi dans mon éducation. Pour cela, je leur suis éternellement reconnaissante et j'espère les avoir rendu fiers. Je remercie aussi mon frère et ma sœur. Mehdi pour avoir toujours cru en moi et encouragé à aller de l'avant. Narjess pour toutes les fois où elle m'a poussé à me relever, pour toutes les fois où elle m'a fait réaliser ma vision sombre des choses, pour son amitié.

Je n'omettrai pas de remercier mon autre famille. Les Ben Khaled qui m'ont accueillie comme une des leur et ont fait tout leur possible pour m'aider à concrétiser mon ambition. Je tiens à exprimer toute ma gratitude à Me. Ben Khaled dont la précieuse contribution a permis à ce projet de voir le jour. J'adresse tous mes remerciements à Tata Yosr dont l'aide et le soutien m'ont permis de me concentrer sur mon travail pendant les derniers jours de rédaction. Je remercie aussi Asma pour sa bonté, pour les notes affectueuses qui accompagnaient les livres qu'elle m'envoyait et, évidemment, pour ces derniers. J'espère qu'elle appréciera l'usage qui en est fait dans les pages qui suivent.

Je remercie également tous mes amis qui m'ont montré un soutien infailible.

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance au personnel du service administratif de l'école doctorale DESPEG et du service de scolarité de l'Université Nice Sophia Antipolis pour leur compréhension, leur extrême patience et leur disponibilité permanente.

Enfin, ma gratitude la plus sincère va au Professeur Philippe Saunier pour tout ce qu'il a représenté pour moi durant ce parcours. Je le remercie pour avoir été le directeur de thèse dévoué et attentionné, pour avoir été l'ami qui porte conseil, la famille quand il le fallait et pour avoir été le guide intellectuel et le maître de pensée. Qu'il puisse trouver dans cette thèse un développement digne des idées qu'on a longuement discuté et l'expression de ma plus grande estime pour l'influence qu'il a eu sur moi.

A Ahmed, d'un amour sans cire

TABLE DES ABBREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

A.G.	Assemblée Générale
AFRI	Annuaire Français de Relations Internationales
AIDC	Académie Internationale de Droit Constitutionnel
AIDI	Annuaire de l'Institut du Droit International
al.	alinéa
ASIL	American Society of International Law
C.I.J.	Cour Internationale de Justice
CARJ	Centre Arabe des Recherches Juridiques et Judiciaires
CEDEF/ CEDAW	Convention sur l'Elimination de toutes les Formes de Discrimination à l'égard des Femmes
coll.	collection
CPIDH	Commission Permanente Indépendante des Droits de l'Homme de l'OCI
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
ed.	édition
EJIL	European Journal of International Law
HCDH	Haut Commissariat aux Droits de l'Homme
ibid.	ibidem
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N.	Numéro
OCI	Organisation de la Conférence/ Coopération Islamique

ONU	Organisation des Nations Unies
p.	page
para.	paragraphe
PIDCP	Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
PIDESC	Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
PUF	Presses Universitaires de France
RBDI	Revue Belge de Droit International
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
suiv.	suivant
T.	Tome
tr.	traduction
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
URL	Uniform Resource Locator
Vol.	Volume

SYSTEME DE TRANSLITTERATION

Nous avons adopté un système de translittération simplifié qui est largement inspiré par celui de l'Encyclopédie de l'Islam¹. Toutefois, nous avons renoncé à ce système pour les mots arabes passés dans la langue française, comme par exemple calife, coran, charia et pour les noms propres qui sont orthographiés selon un mode spécifique comme Averroès, Avicenne, etc. Nous avons aussi eu recours à d'autres variantes à chaque fois qu'il s'agissait de noms propres ou d'une translittération plus simplifiée.

Tableau de translittération

Caractère arabe	Translittération
ع	'
ا	A
ب	B
ط, ت	T
ث	Th
ج	J
ح, هـ	H
خ	KH
د	D
ظ, ض, ذ	DH

¹ *Encyclopédie de l'Islam*, Leiden, Brill, Paris, G.-P. Maisonneuve & Larose, 1978.

ر	R
ز	Z
س	S
ش	CH
ص	Ç
ع	'
غ	Gh
ف	F
ق, ك	Q
ل	L
م	M
ن	N
و	W
ي	Y
ة	A, AT (état construit)

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	13
PREMIERE PARTIE : LA REACTION EN PRESERVATION FACE AU SYSTEME JURIDIQUE INTERNATIONAL	65
CHAPITRE I : LA PRESERVATION DE LA RAISON JURIDIQUE PAR LA CONTRAINTE IDEOLOGIQUE	68
SECTION I : L'IDEOLOGIE JURIDIQUE DES VALEURS : CONDITIONS POUR UN DROIT JUSTE	71
SECTION II : L'IDEOLOGIE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION : CONDITIONS POUR UN DROIT LEGITIME	124
CHAPITRE II : LA PRESERVATION DE LA RAISON JURIDIQUE ISLAMIQUE PAR LA CONTRAINTE DE LA SANCTION	160
SECTION I : LA THEORIE DE LA SANCTION EN DROIT MUSULMAN.....	162
SECTION II : LA RECEPTION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX EN DROIT PENAL ISLAMIQUE : UN IMPOSSIBLE TERRAIN DE CONCILIATION ?	201
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	245
DEUXIEME PARTIE : LA REACTION EN INNOVATION FACE AU SYSTEME JURIDIQUE INTERNATIONAL	247
CHAPITRE I: LA RESOLUTION DES CONFLITS PAR L'INNOVATION INTEGRATIVE	249
SECTION I : L'INNOVATION INTEGRATIVE PAR L'ADAPTATION : L'EXEMPLE DES RESERVES AUX CONVENTIONS INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME	251
SECTION II : L'INNOVATION INTEGRATIVE PAR LA RECUPERATION : L'EXEMPLE DES CONVENTIONS ISLAMQUES DES DROITS DE L'HOMME	296
CHAPITRE II: LA RESOLUTION DES CONFLITS PAR L'INNOVATION RADICALE.....	330
SECTION I : ACTEURS INTERNATIONAUX RELIGIEUX ET DROIT INTERNATIONAL : L'ASCENSION DE L'OCI	332

SECTION II : LE DROIT DES FINANCES ISLAMIQUES, OU LE POSITIONNEMENT DANS LE JEU MARCHAND
365	

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	383
CONCLUSION GENERALE	384

INTRODUCTION

« Penser que j'ai tenté d'imposer un même moule à la raison et à la conscience de millier de gens, et que je ne puis même pas mettre d'accord deux pendules ». Havelock Ellis

« Il est écrit : Au commencement était le verbe! Ici je m'arrête déjà! Qui me soutiendra plus loin? Il m'est impossible d'estimer assez ce mot, le verbe! Il faut que je le traduise autrement, si l'esprit daigne m'éclairer. Il est écrit : Au commencement était l'esprit! Réfléchissons bien sur cette première ligne, et que la plume ne se hâte pas trop! Est-ce bien l'esprit qui crée et conserve tout ? Il devrait y avoir : Au commencement était la force! Cependant tout en écrivant ceci, quelque chose me dit que je ne dois pas m'arrêter à ce sens. L'esprit m'éclaire enfin ! L'inspiration descend sur moi, et j'écris consolé : Au commencement était l'action! »². Même si l'esprit de Faust a fini par se satisfaire à l'idée de l'action, quelque chose semble toujours manquer. Le verbe dans l'esprit, dans la force, la force dans l'action, l'action dans le mouvement... Voilà: Au commencement était le mouvement!

Il y a une beauté insaisissable dans cette idée du mouvement. Peut être est-ce dû à la passion qui se dégage de l'attraction perpétuelle des choses et à la sensualité de la danse continuelle qu'elles mènent, dans le but d'embrasser la chaîne des actions et des réactions en cascade. Ou peut être est-ce dû à la fascination qu'on peut éprouver quand on réalise que tout est mouvement et que tout est en mouvement, et ce quel que soit l'axe choisi, dans le temps ou dans l'espace. Mais gare au vertige après l'enchantement, car le mouvement est aussi un changement constant des repères. Pour l'ensemble de ces raisons, l'idée du mouvement serait à même de résumer notre monde et on pourrait par le biais de la simple observation déceler sa dynamique dans tout ce qui nous entoure.

Cette tâche est bien plus facile aujourd'hui quand on sait que l'idée du mouvement a été portée à son paroxysme dans le contexte d'une globalisation accrue. On entame ainsi un cycle nouveau où les mutations entraînent l'instauration d'une rationalité originale et différente de tout ce qu'on a pu connaître auparavant. Une rationalité qui s'accommode bien de la rupture avec l'ordre ancien et ses constantes. Dans ce contexte le mouvement est

² Jean-Wolfgang Goethe, *Faust*, tr. fr. Gérard de Nerval, Paris, Gallimard, 1964, p. 67.

tellement amplifié par l'unification des espaces et la multiplication du temps qu'il en devient de plus en plus perceptible.

Ainsi, on se rend compte que dans ce monde pourtant réputé « fini », où il n'y a plus de territoires sans maîtres, de possibilités d'expansion, d'annexion ou de tutelle, l'autorité des entités souveraines cantonnées dans leurs territoires est toujours mise à mal. De fait, l'ordre ancien des Etats-nations, quasiment élevés au rang de culte dans la tradition juridique et politique occidentale et dans les diverses cultures où il a été reçu, est aujourd'hui déstabilisé par l'extrême porosité des frontières³. Ces dernières sont en effet désarmées face à un ordre économique international de plus en plus intrusif et influent. Il y a là un contraste saisissant puisque l'énergie dégagée par le contexte en effervescence est en train d'opérer des transformations radicales⁴, alors qu'au niveau des textes, le *statu quo* semble maintenu et résistant⁵. Le paradoxe de ce mouvement va même plus loin puisque l'unification immatérielle du territoire devenu marché économique global, a mené à une fragmentation de la société internationale⁶. Beaucoup ont même souligné la nécessité de regarder le réel en face et de prendre en considération le changement de la configuration des rapports dans l'espace, avant que les moyens de régulation de ces rapports ne soient incapables de remplir leur fonctions, avant qu'on ne passe de l'administration du désordre à la gestion périlleuse du chaos⁷. Pour décrire cette situation, A.J Arnaud dresse une comparaison parlante entre le théâtre français classique et le droit. Il souligne que ce dernier s'organise encore selon la règle des « trois

³ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T2 Gouvernant sans frontières, entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, coll. droit et société, N. 37, 2003, p. 34.

⁴ Charles- Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Editions Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn Verlag, collection de droit international, 2001.

⁵ La charte des nations unies n'a pas reçu de modification substantielle. Elle a été révisée entre 1963 et 1971 pour prendre en considération l'augmentation des Etats membres suite au mouvement de décolonisation. Voir: Joseph Nisot, « Les amendements à la Charte des Nations Unies et leur mise en œuvre », *RBDI*, N. 2, 1966, pp.321-331. Paul De Visscher, « les premiers amendements apportés à la Charte de l'Organisation des Nations Unies », *RBDI*, N. 2, 1966, p. 332-353. Jean-Pierre Colin, « L'avenir incertain du système des Nations Unies - L'exemple de l'UNESCO », *RBDI*, N. 1, 1988, pp.5- 34. Vladimir Nikolaevitch Koudriavtsev, « Droit international et problèmes globaux de l'époque actuelle », *RBDI*, N. 2, 1988, pp. 417- 428. Cependant, il y a bien une reconnaissance de l'inadaptation de la construction internationale actuelle au contexte qu'on peut déceler dans les efforts d'aligner les Etats membres des Nations Unies autour de l'idée de la réforme. Voir: A/51/950 du 20 Aout 1996, *Rénover l'Organisation des Nations Unies : un programme de réformes*, Rapport du Secrétaire général de l'ONU. A/57/387 du 16 Octobre 2002, *Renforcer l'ONU : un programme pour aller plus loin dans le changement*, Rapport du Secrétaire général de l'ONU. A/59/2005 du 24 Mars 2005, *Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous*, Rapport du secrétaire général de l'ONU.

⁶ A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006, *Fragmentation du droit international: Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, p. 11.

⁷ *Ibid.*, voir aussi: Michele Emily Olivier, « Globalisation or fragmentation of International Law : challenges for harmonisation », *De Jure*, Vol. 2, N. 5, 2008, pp. 437-442. Micheal-J Glennon, « How international rules die », *The Georgetown Law Journal*, Vol. 93, 2005, pp. 939- 991.

unités » qui avait régit les scènes françaises pendant longtemps⁸. « Qu'en un lieu, qu'en un jour, un seul fait accompli. Tienne jusqu'à la fin le théâtre rempli »⁹. En reprenant cette formule, A.J Arnaud rappelle le sens de la maîtrise qui se dégageait de l'idée du droit comme régulation de son environnement. L'unité du temps, l'unité du lieu et l'unité de l'action sont autant de garanties pour le maintien de l'ordre, encore faut-il qu'elles subsistent.

En ce sens, on peut dire que cette perte des repères voit son effet dédoublé par la superposition des narratifs qu'engendre la multiplication des temps de la globalisation. Facteur essentiel, le temps détermine les formes d'intelligibilité et d'interaction avec le monde. Comme disait l'historien Marc Bloch, « les hommes sont plus les fils de leur temps que de leurs pères »¹⁰. Par ailleurs, même si l'hypothèse de la multiplication du temps peut paraître surréelle, elle est cependant facile à vérifier. En effet, la simple observation du florilège des concepts qui décrivent notre époque rend compte des possibilités les plus inattendues, puisque ces concepts peuvent se succéder dans la linéarité la plus normale mais aussi coexister et ainsi refléter des réalités différentes. En passant en revue les différents points de vue sur la question, il nous est dit que nous avons dépassé la phase d'une modernité définie par la destruction des ordres anciens et le triomphe de la rationalité. Une modernité centrée essentiellement sur l'Homme et ses droits¹¹, qui s'est construite autour du paradigme juridique du contrat et de la démocratie comme étant le seul mode de gouvernement et qui puisse protéger à la fois les libertés individuelles et les intérêts collectifs. Nous avons entamé avec incertitude l'ère de la « condition postmoderne »¹² comme le dirait Lyotard ou bien celle de la « haute modernité » comme s'évertue à l'appeler Giddens¹³. Le premier affirme que la postmodernité implique la fin des « grands récits » qui nous permettaient de nous positionner dans une histoire dont le développement et le devenir sont rationnels et légitimes¹⁴, tandis que le second démontre que nous vivons plutôt une phase de radicalisation des conséquences de la modernité au sein de laquelle les droits de l'Homme et la démocratie sont devenus des principes omniprésents. Cette haute modernité ou modernité radicale tourne autour de trois

⁸ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T2*, op. cit., pp. 90-91.

⁹ Nicolas Boileau, *L'art poétique*, Livre III, 1674. Cité par André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T2*, op. cit., p. 90.

¹⁰ Marc Bloch, *Apologie pour l'histoire ou le métier d'historien*, Paris, Éditions Armand Colin, 1974, p. 41.

¹¹ Alain Touraine, *Critique de la modernité*, Paris, Les Éditions Fayard, 1992, coll. Le livre de poche, n°19, édition numérique Les classiques des sciences sociales, URL : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/030296063>, p. 15.

¹² Voir Jean François Lyotard, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Tunis, Cérès Éditions, 1994, coll. Idéa.

¹³ Voir Anthony Giddens, *Les conséquences de la modernité*, Paris, L'Harmattan, 1994.

¹⁴ *Ibid.*, p. 12.

axes très significatifs, puisqu'ils mettent en évidence la multiplicité des réalités et la dissipation des repères. Selon Giddens, les éléments qui peuvent servir à étudier les institutions modernes et surtout leur caractère mondial sont: la dissociation du temps et de l'espace alors qu'ils allaient de pair auparavant; la délocalisation des systèmes sociaux et enfin l'organisation et la réorganisation réflexives des relations sociales¹⁵. Dans la foulée de ces considérations, on passe à une phase d'hyper-modernité, qui marque encore une rupture au sein des sociétés contemporaines comme si tous les concepts précédents ne décrivaient plus leurs évolutions. Par hyper-modernité, il faut entendre une société baignée dans une logique paradoxale poussée à son extrême, où la crispation, le conservatisme, le repli identitaire et la fascination pour la tradition coexistent avec le mouvement, la fluidité et le détachement des valeurs qui ont construit la modernité telles que l'Etat, la nation ou encore la famille¹⁶. Valeurs qui, en l'occurrence, ont dû s'adapter pour ne pas disparaître.

Sur un plan global, cette situation tend à se compliquer puisque l'on peut observer que le temps est loin d'être homogène. Prenons à titre d'exemple les catégories d'Etats selon leur niveau de développement. A ce titre, les pays les moins avancés sont ceux qui répondent aux trois critères déterminants utilisés par le comité des politiques de développement rattaché au conseil économique et social de l'ONU. Ces critères sont le faible revenu, la faiblesse du capital humain et la vulnérabilité économique¹⁷. Ils permettent d'apporter rigueur et objectivation à ce type de classification, même s'il n'est pas exclu qu'ils aient été choisis pour répondre à un choix politique défini à priori¹⁸. Pourtant, on ne peut pas arrêter l'interprétation d'une classification aux critères qui ont permis de l'établir. En statuant que des Etats font partie des moins avancés, nous les plaçons dans une échelle du temps de la modernité bien loin des pays avancés et quelque part derrière les pays en voie de développement. Cette classification dénote donc d'une hétérogénéité des réalités non seulement économiques, mais aussi sociales, culturelles et politiques. Ces réalités sont tributaires du moment sur lequel on se place sur l'échelle de la modernité. Ainsi, si certains membres de la communauté internationale qui seraient encore en train de digérer l'introduction des structures de la modernité, font face à l'hyper-modernité par le repli et la crispation, d'autres la perçoivent en

¹⁵ Anthony Giddens, *Les conséquences de la modernité*, op.cit., p.25.

¹⁶ Voir Sébastien Charles, « De la postmodernité à l'hypermodernité », *Revue Argument*, Vol. 1, N. 8, 2005-2006. URL : <http://www.revueargument.ca/article/2005-10-01/332-de-la-postmodernite-a-lhypermodernite.html>.

¹⁷ UNCTAD/LDC/2011 du 5 octobre 2011, *Rapport de 2011 sur les pays les moins avancés : Contribution potentielle de la coopération Sud-Sud à un développement équitable et durable*, UNCTAD, p. iii.

¹⁸ Drago Roland et Fischer Georges, « Pondération dans les organisations internationales », *AFDI*, Vol. 2, 1956, p. 532.

termes d'hyperconsommation ou d'hyper-individualité. Le monde est plus que jamais « divisé entre le Nord, où règnent l'instrumentalisme et le pouvoir, et le Sud, qui s'enferme dans l'angoisse de son identité perdue »¹⁹. Encore que cette classification ne traduise elle-même pas une compartimentation intellectuelle des espaces en leur attribuant un sens et une signification autre que celle des repères géographiques. En condamnant le « nord » et le « sud » à devenir un reflet miroitant des phénomènes dépendant absolument de leur localisation, nous admettons non seulement qu'il puisse exister une multiplication des temps vécus, mais que l'espace où l'action prend place joue désormais un rôle dans la définition de sa nature.

Force est de constater qu'on est bien loin de l'idée de l'Etat universel homogène²⁰, tant souhaité par cette marche insatiable vers l'uniformisation. Cet Etat où toutes les contradictions sont supprimées et tous les besoins satisfaits. « Un Etat libéral, dans la mesure où il reconnaît et protège grâce à un système universel de droits de l'homme le droit à la liberté. Et démocratique dans la mesure où il existe seulement avec le consentement des gouvernés »²¹. Cette entéléchie du mouvement qui devrait venir clore le long processus dialectique de l'histoire²² n'est pas immédiatement possible. Déjà, parce que sa concrétisation semble très spécifique à la raison occidentale ce qui pose le risque de son rejet dans d'autres contextes. Mais par dessus tout, à cause du caractère ludique du mouvement qui peut très bien s'écarter de l'ordre qu'il reproduit pour en réinventer un autre.

Nous voilà ainsi face à une configuration tout à fait autre qu'une fin de l'histoire paisible et glorieuse, apogée de la réalisation de l'Homme par sa raison et par ses réalisations. Nous avons plutôt affaire à l'ordre de tous les contrastes, de la rupture des repères et de la dissociation du réel. Cette situation se complique par la mise à l'épreuve de la capacité des moyens de régulation traditionnels à s'adapter à ces mutations profondes. Ainsi, tous les ingrédients sont réunis pour procurer le sentiment d'un sol qui se dérobe et creuser les antagonismes culturels, auxquels chacun revient de manière instinctive comme pour activer une soupe de sécurité. Incontestablement, cette situation crée un écart important de la perception que l'on peut avoir de l'ordre nouveau et de sa dynamique. Cette rupture des

¹⁹ Alain Touraine, *Critique de la modernité*, op. cit., p. 17.

²⁰ Francis Fukuyama, « The end of history », *The national interest*, N. 16, Été 1989, p.4.

²¹ « The state that emerges at the end of history is liberal insofar as it recognizes and protects through a system of law man's universal right to freedom and democratic insofar as it exists only with the consent of the governed ». *Ibid.*, p. 4.

²² Gehlen considère que la fin de l'histoire marquerait la fin du processus d'innovation dès lors que les sociétés industrielles « n'allait plus que reproduire leurs formes actuelles ». Norbert Campagna, « La fin de l'histoire et le dernier homme », *Forum*, N. 137, Juillet 1992, p.53.

points de vue implique des résistance aux moyens de régulation de cet ordre, par ceux qui le perçoivent comme une menace.

Pour un juriste, ces points de vue sont du plus grand intérêt puisqu'ils imposent la réflexion sur l'apparition de phénomènes capables de semer le chaos et de déstabiliser encore plus la paix d'un univers juridique qui se veut, malgré la réalité incontestée du mouvement, figé et en repos.

DU MALAISE A LA RESISTANCE: CONSTAT

Les considérations qui précèdent constituent une introduction nécessaire au constat qui a donné naissance à cette étude. Elles constituent le contexte du contexte, l'élément déclencheur d'une angoisse et d'un malaise qui n'allaient pas se résoudre à passer sous silence. Ancré dans la logique ludique du mouvement, la dynamique de la mondialisation se présente comme une force qui se veut homogénéisante, mais qui paradoxalement se base sur un processus hétérogène et inégal. Un processus qui n'a pas manqué de créer des marginaux et de remettre ainsi en question la légitimité des figures traditionnelles du pouvoir qui n'ont pas su anticiper l'inévitable. Et voilà que le dépérissement de des conceptions traditionnelles de l'Etat a donné lieu, dans un phénomène encore paradoxal eu égard les prétentions uniformisantes de la mondialisation, à l'emprise croissante des particularismes culturels²³. De ce fait, que l'on la qualifie de moderne, de postmoderne ou d'hypermoderne, il faut rejoindre les propos d'Hannah Arendt et avouer que notre époque a donné lieu de par ses attributs à un moment de crise²⁴. Et c'est fondamentalement une crise de la culture puisque les fondations de l'idée de la tradition, supposée assurer l'ordre et la stabilité, sont ébranlées par le contexte et perdent vitalité et force de représentation. Ainsi, ils réagissent en produisant des concepts de plus en plus tyranniques et coercitifs²⁵. Ceci s'explique par le fait que la tradition est une zone de confort à laquelle on se retranche quand tous les repères facilitant l'identification sont mis à mal. Après tout, l'homme est un « être de projection²⁶ » qui tente de s'adapter aux contextes qui s'offrent à lui et d'évoluer rapidement²⁷. Mais il est un fait que les systèmes de projection

²³ René Otayek, « Religion et globalisation: l'islam subsaharien à la conquête de nouveaux territoires », *Revue internationale et stratégique*, N. 52, 2003/4, p. 51, URL: <http://www.cairn.info/revue-internationale-et-strategique-2003-4-page-51.htm>

²⁴ Voir Hanna Arendt, *La crise de la culture*, tr. fr. Patrick Lévy, Paris, Gallimard, coll. folio essais, 2008.

²⁵ Hanna Arendt, « La tradition et l'âge moderne », in *La crise de la culture*, *op. cit.*, p. 39.

²⁶ Edward T. Hall, *Au delà de la culture*, tr. fr. Marie-Hélène Hatchuel, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 1979, p. 31.

²⁷ *Ibid.*, p. 34

qui sont au début souples, deviennent rigides et difficiles à changer²⁸. Au fil du temps, l'idée projetée et la projection deviennent un. L'homme intègre ses projections comme faisant partie de lui-même, de son identité propre et celles-ci deviennent refuge face à l'instabilité du contexte et à ses changements rapides. C'est donc très naturellement que le phénomène est suivi de ce que l'on qualifie communément d'une crise d'identité.

Commençons par attirer l'attention sur le fait que le concept de crise d'identité²⁹ et plus généralement celui de l'identité, récoltent aujourd'hui les effets négatifs de leur propre succès. Incontournable et de nature vraisemblablement interdisciplinaire, il n'en reste pas que la problématique identitaire reste polémique et pose les risques de substantialisation. Plus même, le recours intensif qui y est fait dans les cercles académiques a causé plusieurs réactions doutant de son intérêt scientifique puisque l'inflation de l'usage de cette problématique aurait causé la dévaluation de son sens³⁰. Aussi, on considère que le concept d'identité serait ambigu et supporterait une charge théorique polyvalente, parfois même contradictoire³¹. Braudel décrit parfaitement cette attraction au concept qu'il considère comme à la fois séduisant mais aussi tourmenteur³². « Manifeste est son ambiguïté : il est une série d'interrogations ; vous répondez à l'une la suivante se présente aussitôt, et il n'y a pas de fin »³³. C'est ce caractère pratiquement mystique qui se trouve à l'origine du recours intensif à l'idée de l'identité.

Dès lors, les critiques ont pour origine le fait que le terme est souvent utilisé mais rarement défini, sa consistance étant toujours présumée. Cela a mené à ce que l'identité devienne une sorte de fourre-tout conceptuel. Déjà en 1977, Claude Lévi-Strauss affirmait que « l'identité est une sorte de foyer virtuel auquel il nous est indispensable de nous référer pour expliquer un certain nombre de choses, mais sans qu'il ait jamais d'existence réelle »³⁴. Ces réserves sont certes justifiées, l'usage frénétique et la surexploitation étant à même de causer des réticences, mais ce sont ceux-là même qui prouvent aussi l'existence objective de l'identité. Car s'il y a eu autant de développements, si le concept a eu autant d'échos et qu'aucune frontière disciplinaire ne lui a résisté, c'est qu'il y a bien une matière de réflexion

²⁸ Edward T. Hall, *Au-delà de la culture*, op.cit., p.33.

²⁹ On doit initialement le concept au psychanalyste américain Erik Erikson dont le travail a été largement repris, réapproprié et diffusé par plusieurs disciplines qui ont utilisé le concept comme outil d'analyse. Voir Philip Gleason, « Identifying Identity: A Semantic History », *Journal of American History*, Vol. 69, N. 4, 1983, p. 914.

³⁰ Brubaker Rogers, « Au-delà de l'identité », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol.4, N. 139, 2001, p. 68. URL: <http://www.cairn.info/revue-actes-de-la-recherche-en-sciences-sociales-2001-4-page-66.htm>

³¹ *Ibid.*, p. 72.

³² Fernand Braudel, *L'identité de la France : Espace et histoire- T1*, Paris, Arthaud-Flammarion, 1986, p. 17.

³³ *Ibid.*

³⁴ Claude Lévi-Strauss (dir.), « Conclusion de Claude Lévi-Strauss », in *L'Identité : séminaire interdisciplinaire*, Paris, PUF, 1977, p. 332.

et un terrain scientifique à défricher, mais tout dépend de l'angle d'analyse choisi. Ainsi nous ne doutons pas de l'existence de cette chose appelée l'identité mais nous déplorons son usage souvent unidimensionnel alors que le concept est intrinsèquement multiple et complexe. Invoqué soit comme un élément stable, constant et fondateur, soit pour souligner le développement d'un certain type d'auto-compréhension collective ou alors pour marquer le produit de discours concurrents et multiples³⁵, le concept est la victime de formes d'usage réductrices. L'identité est plutôt tout cela à la fois, le produit issu d'une dynamique dialectique qui ressemble plus à un processus ou à une construction culturelle qu'à un terme figé³⁶. Aussi, plutôt que d'invoquer une dispersion du concept, il faut assumer la contradiction qui lui est inhérente et qui assure sa richesse. Comme l'affirme De Gauljac, « le terme d'identité prend son sens dans une dialectique où la similitude renvoie au dissemblable, la singularité à l'altérité, l'individu au collectif, l'unité à la différenciation, l'objectivité à la subjectivité »³⁷.

Ainsi entendue, l'identité aurait pour fonction l'attribution du sens à l'environnement par l'universalisation de certaines valeurs mais aussi par la création de particularismes en référence à ce pôle négatif que constitue l'autre perçu comme différent sinon menaçant³⁸. Cependant, il est difficile aujourd'hui de recourir à ce pôle négatif dans une société de plus en plus plurielle, où les autres foisonnent au sein d'un même groupe dans le but de créer une nouvelle homogénéité. Comme le démontrent Berger et Luckmann, le pluralisme a causé une crise du sens et de l'identité puisqu'il déstabilise le statut de « quelque chose de donné » dont profitent les valeurs qui orientent l'action sociale et soutiennent l'identité³⁹. Le développement de cette dynamique a donc mis en cause le processus de construction traditionnel des identités et donné lieu à l'apparition de ce que Manuel Castells définit comme étant une identité de résistance⁴⁰. Cette dernière serait générée par des acteurs sociaux qui sont dévalués ou stigmatisés par la logique de domination et qui tentent de survivre en adoptant des principes qui diffèrent ou s'opposent à ceux qui pérennisent l'ordre établi. L'identité résistance est donc une manière pour l'exclu, d'exclure l'excluant, le moyen pour

³⁵ Brubaker Rogers, « Au-delà de l'identité », *op.cit.*, p. 72.

³⁶ Vincent De Gauljac, « L'identité », in Jacqueline Barus- Michel , Eugène Enriquez et André Lévy (dir.), *Vocabulaire de psychosociologie : références et positions*, Paris, Érès, 2002, p.175.

³⁷ Vincent De Gauljac, « L'identité », *op.cit.*, p. 175.

³⁸ Denys Cuche, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 1996, pp. 84- suiv.

³⁹ Miquel Rodriquo Alcina, « Les stratégies de l'identité : entre l'être et le faire », *Revista CIDOB d'afers internacionals*, N. 43-44, 1999, p. 171.

⁴⁰ Manuel Castells, *The information age, Vol. II- The power of identity*, Royaume-Uni, Wiley-Blackwell publishing, 2ème ed., 2010, p. 8

ceux qui se réclament d'une raison marginalisée d'exclure une modernité à laquelle ils n'ont pas pu accéder. Il est vrai que la résistance est un terme qui puise beaucoup dans sa charge romantique et passionnelle, mais c'est aussi un terme qui décrit impeccablement ce cas de figure. Comme le note Zarader, toute résistance cible à la fois les prétentions d'hégémonie et d'homogénéisation⁴¹, phénomènes indissociables de notre époque et qui sont à juste titre combinés par Derrida dans son concept d'*homo-hégémonie*⁴².

L'exemple le plus poignant et le plus facile à observer dans ce sens est bien évidemment celui du discours religieux qui fait son grand retour à la une de l'actualité mondiale. Castells lui même réserve tout un chapitre à l'étude de l'ascension des identités religieuses et du fondamentalisme comme la parfaite incarnation de ce qu'une identité de résistance peut être⁴³. Le constat est percutant, « alors qu'un demi siècle plus tôt, les couleurs des images et décors du monde n'étaient pas celle de la religion et que Dieu, sous ses différentes appellations, ne présidait pas à la définition et l'organisation des décors »⁴⁴, on assiste aujourd'hui à ce que Kepel qualifie à juste titre d'une « revanche de Dieu »⁴⁵. Revanche, cela en est bien une puisque « peu de prévisions avaient été proférées avec une confiance aussi inébranlable que la croyance selon laquelle la religion était en phase finale »⁴⁶. La science et la raison devaient remplacer la religion, avec une morale tirée de la raison, des lois séculières et une légitimité du pouvoir tirée de la volonté populaire et de la pérennité des institutions transparentes et démocratiques. Mais comme le notent certains auteurs, l'idée du déclin de la religion est une idée spécifiquement occidentale⁴⁷. Pour beaucoup, et particulièrement dans ces pays laissés au ban de la modernité et acculés dans le tiers monde, les idéologies politiques modernes sont vécues comme une déception, incapables de tenir leurs promesses d'égalité, de prospérité et de justice sociale. La légitimité de ces dernières étant en déclin, il est normal que la religion reconquiert son rôle de fondement de la

⁴¹ Jean-Pierre Zarader, « Identité et résistance: fondements et enjeux philosophiques », *Alea*, Vol.11, N. 1, 2009, p. 13.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, pp. 12- 23.

⁴⁴ Georges Corm, *La question religieuse au XXI^e siècle. géopolitique et crise de la postmodernité*, Paris, La découverte, coll. "essais", 2007, p.7.

⁴⁵ Voir Gilles Kepel, *La revanche de Dieu : Chrétiens, juifs et musulmans à la reconquête du monde*, Paris, Seuil, 1992.

⁴⁶ Jefferey K. Hadden, « Toward Desacralizing Secularization Theory », *Social Forces*, Vol. 65, N. 3, 1987, pp. 587-588.

⁴⁷ Jonathan Fox, « Religion et relations internationales: perceptions et réalités », *Politique étrangère*, N.6, Hiver 2006, p. 1062. URL : DOI 10.3917/pe.064.1059.

légitimité sociale et politique⁴⁸, mais aussi sa qualité de faisceau de perception et de compréhension des faits, notamment internationaux. Alors que pour la plupart, les réactions locales aux interventions militaires et à la course de puissance et d'influence politique, sont étudiés en terme de nationalismes. Les intéressés les regardent plutôt de l'œil effarée par les atteintes porté au sentiment religieux⁴⁹. En somalie, en Iraq ou en Afghanistan, la réponse ne se fait pas attendre: le fondamentalisme. Dieu fait donc son grand retour en se moquant éperdument de ceux qui l'ont disséqué puis déclaré mort, un retour pour le moins dire brutal. On s'angoisse devant la montée du fondamentalisme et des nouvelles générations de guerriers qui s'enrôlent dans les réseaux sophistiqués et mondialisés d'Allah⁵⁰. Et on y répond en usant d'un lexique qu'on croyait désuet, celui des « guerres justes », des « croisades contre le terrorisme », d'empire ou plus récemment d'axe du mal⁵¹. Le religieux émerge ainsi en tant que référent et centre de légitimation axiologique⁵². Devant l'ampleur de ce phénomène, Fukuyama en vient à reconnaître que « qu'il est bien sûr possible d'essayer de donner des explications économiques ou rationnelles aux phénomènes religieux ou culturels, et donc tenter de les faire entrer dans quelque théorie plus vaste du comportement social basé sur le choix rationnel... En fin de compte, ces explications se révèlent insatisfaisantes parce qu'elles sont réductrices »⁵³.

Le décor est désormais planté. On découvre que le mouvement qui était sensé porter l'homme au rang de son propre demiurge, n'a fait que l'aliéner par ses propres projections et renforcer leur emprise. Comme l'affirme très ironiquement Régis Debray, le progrès est rétrograde⁵⁴. Cette curieuse évolution nous pousse implacablement à nous intéresser en

⁴⁸ Jonathan Fox, « Religion et relations internationales: perceptions et réalités » *op.cit.*, p. 1064.

⁴⁹ *Ibid.*, p.1063.

⁵⁰ Voir Antoine Sfeir, *Les réseaux d'Allah*, Paris, Plon, 1997 et Olivier Roy, *L'Islam mondialisé*, Paris, Seuil, 2004.

⁵¹ L'expression « Empire du Mal » a été dominante dans le discours du président américain Reagan. Elle refait surface plus tard dans le discours du président George.W. Bush sous la formulation "axe du mal". La première formulation étant devenue désuète après l'écroulement du pouvoir soviétique, il fallait recourir à une notion plus au gout du jour et qui s'articule à une certaine philosophie politique qui tente de désigner le mal afin de distinguer ce qui est bien pour l'humanité entière. Voir André Corten, « Le mal existe, Religion et néo-conservatisme dans le discours de George W. Bush », *Mots. Les langages du politique*, N. 9, 2005. URL: <http://mots.revues.org/1282>.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Francis Fukuyama, « Social capital, Civil Society, and Development », *Third World Quarterly*, Vol. 22, N. 1, 2001, p. 16.

⁵⁴ Dans une conférence donnée à Séville en 2006, Régis Debray annonce la théorie de « l'effet Jogging » résumée comme tel: « au début du siècle, certains visionnaires avaient pronostiqué que l'usage immodéré de l'automobile par les citadins provoquerait bientôt l'atrophie de leurs membres inférieurs, le bipède motorisé se désaccoutumant de la marche. Qu'a-t-on vu depuis ? Ceci : depuis que les citadins ne marchent plus, ils courent. Fanatiquement. Dans les parcs, ou, à défaut, en salle, sur tapis roulant ». Selon lui, plus on avance, plus on

profondeur aux questions d'identités, de cultures et de religions et aux discours invoquant leur autorité surtout lorsque leur influence finit par dépasser les cercles du pouvoir pour investir le juridique⁵⁵. Et c'est bien à partir de ce constat que cette étude est partie.

Nous avons, en effet, remarqué la récurrence de la formulation de réactions identitaires et culturelles hostiles et résistantes au droit international et aux valeurs qu'il véhicule⁵⁶, considéré à plusieurs égards comme étant le produit de cette modernité « venue de chez les autres »⁵⁷. La résistance identitaire se dressant essentiellement contre les figures de la maîtrise⁵⁸, il est tout à fait normal que le droit soit embarqué dans cette joute pour la survie. Après tout, ce dernier n'est-il pas maîtrise et contrôle par essence? Ainsi, de par sa nature même le droit serait prédisposé à être investi par les prétentions identitaires les plus virulentes. Dans sa critique de l'ouvrage de Félix Moreau intitulé « le code civil et le Théâtre contemporain », Ferdinand Brunetière décrit très intelligemment cette saisie du droit par ses sujets. « Avant d'appartenir à l'austère science du droit, il y a des questions qui relèvent de tous ceux qui y ont intérêt », dit-il⁵⁹. C'est bien là une pertinente remarque qui tire le droit de son isolement épistémologique. Clairement, c'est une connaissance qui n'a pas à être le privilège exclusive des juristes mais c'est aussi une connaissance qui représente bien plus de complexité que ce qu'on veuille lui reconnaître. Le droit est bien plus que le simple science juridique, il est l'expression des virulentes identités de tous ceux dont il assure le contrôle social.

Nous avons aussi soulevé l'importance du facteur religieux en tant que vecteur de représentation identitaire lors de la formulation de ces résistances et nous nous sommes spécifiquement penché sur l'exemple de la religion musulmane. D'abord parce qu'elle représente l'un des meilleurs exemple de l'identité de résistance, Castells lui même y avait

recule. « Plus vous submergez de coca-cola un « pays arriéré », plus vous y ferez pousser d'ayatollah », Constat, pour ainsi dire, véridique.

⁵⁵ Yadh Ben Achour, « Rapport introductif », in Chawki Gaddes, Ghazi Gherairi, Salwa Hamrouni et Salsabil Klibi (dir.), *Droit, pouvoir et religion*, Tunis, Actes du colloque international organisé par l'Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 5, 6 et 7 Mars 2009, p. 8.

⁵⁶ Voir Mohammad Abel Al-Jabri, *Democracy, human rights and law in Islamic thought*, Londres, I.B Tauris Publishers, 2009. Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam and the secular state: Negotiating the future of Shari'a*, New York, Harvard University Press, 2008. Anne-Laure Vauris-Chaumette, « Les droits de l'homme en Asie », *Droit International et diversité des cultures juridiques*, Actes des journées d'étude de la Société Française pour le Droit International et de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, 3-4 Novembre 2006, Paris, Pedone, 2008, pp. 433- 441.

⁵⁷ Amin Maalouf, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998, p. 55.

⁵⁸ Jean-Pierre Zarader, « Identité et résistance: fondements et enjeux philosophiques », *op. cit.*, p.13.

⁵⁹ Ferdinand Brunetière, *Questions de critique*, Paris, Calmann Lévy, 1889, p. 184.

consacré un assez long développement en ce sens⁶⁰. Ensuite pour l'intérêt qu'elle représente dans le cadre d'une étude juridique. En effet, la religion musulmane avait généré, à cause de sa dimension conséquentielle⁶¹, une loi immuable dont la pratique relevait à la fois du culte et de la culture⁶². Cette loi est progressivement devenue l'axe principal d'affirmation identitaire dans les sociétés qui la pratiquaient. Plus encore, le droit né de cette religion était devenu lui-même un générateur de sens et un outil de projection. Comme l'explique Gabriel Fragnière, la morale religieuse peut à long terme structurer les conceptions de la nature des relations et des prérogatives du pouvoir qui gère une société donnée⁶³. Et c'est par là qu'il finit par conclure que « la loi religieuse, qu'elle soit d'origine divine, sociale, politique ou ethnique, qu'elle s'appelle Thora, charia, « charité chrétienne » ou « compassion bouddhiste », ne demande pas simplement de ne pas manger de porc, de ne pas boire d'alcool ou d'assister à la messe le dimanche, elle s'insère dans les consciences, forge les attitudes sociales et politiques, contribue à la définition de la justice, explique le choix de valeurs et détermine finalement le caractère des relations de pouvoirs »⁶⁴. Les prescriptions de la foi, qu'elles soient simplement morales ou qu'elles prennent une forme juridique comme c'est le cas en religion musulmane⁶⁵, sont à même de conditionner le comportement global d'une société et ses choix. Ainsi, elles peuvent tout autant influencer les choix économiques ou l'évolution démographique⁶⁶, comme elles peuvent se dresser contre la réception du droit international et y résister par un processus à la hauteur de la complexité de l'enracinement de leurs valeurs dans la société.

Mais alors, on doit s'intéresser à un problème qui apparaît, à la fois, comme une cause et un symptôme de ce constat. En effet, on parle souvent d'une communauté internationale à laquelle s'appliquerait le droit international. On irait même jusqu'à invoquer, chez les plus optimistes, l'existence d'une communauté humaine ou encore la possibilité de l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs⁶⁷. Cette observation pose la question de savoir comment le droit perçoit son assise sociale ce qui entraîne indéniablement la question de

⁶⁰ Manuel Castells, *The power of identity*, pp. 13- 23/ 108-144.

⁶¹ Gabriel Fragnière, *La religion et le pouvoir. La chrétienté, l'occident et la démocratie*, Bruxelles, P.I.E- Peter Lang, coll. Dieux, Hommes et religions, N. 6, 2006, p. 50.

⁶² Voir René Girard, *Les Origines de la culture: entretiens avec Pierpaolo Antonello et João Cezar de Castro Rocha*, Paris, Desclée de Brouwer, 2004.

⁶³ Gabriel Fragnière, *La religion et le pouvoir*, op.cit., p. 81.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ L'imam Mohamed Chaltout, *Al Islam : Akida wa charia' (L'islam : dogme et législation)*, Beyrouth, Achourouk, 1980.

⁶⁶ Gabriel Fragnière, *La religion et le pouvoir*, op.cit., p. 81.

⁶⁷ Mireille Delmas-Marty, « Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs », in François Terré (dir.), *Regards sur le droit*, Académie des sciences morales et politiques, séances publiques, 7 Juillet 2008.

l'universalité. C'est un droit qui semble vouloir s'adresser à un public uniforme et homogène, ou en moins, en créer un. D'un autre côté, la réalité débattue plus haut montre la façon dont ce droit peut être perçu par cette assise sociale. Nous sommes dès lors face à une situation où il n'y a guère d'équivalence cognitive entre le discours du droit international et le message qu'il véhicule d'un côté, et l'interprétation voire même la compréhension de ce discours d'un autre. La problématique de la communauté internationale et sa difficile émergence sont donc les symptômes de la résistance contre un droit international perçu comme un dangereux annihilateur de toute diversité. Au même temps c'est l'existence même de ce concept, pourtant porteur d'une idée noble⁶⁸, qui fait naître des doutes chez les plus réticents concernant les ambitions du droit sur lequel il se base. Cette position infortunée du concept de communauté internationale tient d'abord du fait qu'il se présente comme l'assise d'une universalité controversée, mais aussi de la qualité du recours flou et généralisé qui y sont souvent faits et qui sont la marque d'une polysémie troublante.

A ce titre, on peut lire dans l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 Mai 1969 que « une norme impérative de droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble ». Il ressort de cette formule que la communauté internationale équivaut aux Etats qui la composent. Plus tard, on peut trouver la même idée dans un l'arrêt rendu par la CIJ à propos de la Barcelona Traction que « Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats »⁶⁹. Pourtant, dans d'autres textes, on peut trouver un usage du concept de communauté internationale qui ne se recoupe pas avec la communauté des Etats mais qui renvoie plutôt à une entité plus large. Ainsi, on peut lire que « l'Assemblée générale, convaincue de la nécessité d'une mise en œuvre rapide et efficace par les gouvernements et la communauté internationale de mesures conçues pour sauvegarder et améliorer l'environnement au bénéfice des générations humaines actuelles et futures »⁷⁰. Cette indécision quant à la portée de la communauté internationale découle du brouillard qui enveloppe le concept. Le fait qu'il soit de plus en plus utilisé aujourd'hui pour désigner

⁶⁸ Voir Emmanuel Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Jansen et Perronneau, 1796.

⁶⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, Arrêt, C.I.J., Recueil 1970, p. 32.

⁷⁰ A.G. 2997 (XXVII), *Dispositions institutionnelles et financières concernant la coopération internationale dans le domaine de l'environnement*, 15 Décembre 1972.

l'humanité entière⁷¹ est très ironique vu que cette dernière semble se disperser de plus en plus. A ce titre, l'affirmation selon laquelle « l'extrême hétérogénéité des Etats dispersés par le monde est incompatible avec l'existence d'une communauté internationale considérée comme communauté universelle: différence de race, culture, de religion et de civilisations séparent au lieu d'assembler les peuples »⁷², revêt tout son sens. Ceci est bien le cas puisque les conditions requis pour qu'on puisse parler d'une communauté ne sont pas réunis. En effet, il est plus correct de parler aujourd'hui d'une société internationale plutôt que d'une communauté internationale. A la différence des juristes qui utilisent ces deux termes indifféremment sans en mesurer la portée, en sociologie ces derniers rendent compte de réalités différentes. La distinction sociologique peut s'avérer cruciale dans ce genre d'approches⁷³. Car, s'il existe bel et bien une communauté juridique fondée sur le fait que tous les Etats soient soumis au droit international comme l'atteste l'article 53 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui affirme qu'ils existe un corpus normatif appliqué et reconnu par « la communauté des Etats dans son ensemble », on ne peut affirmer l'existence de la « Gemeinschaft »⁷⁴ telle que définie par Ferdinand Tönnies et développée dans les théories de solidarité d'Emile Durkheim.

La communauté, est une masse unique qui ne connaît pas les distinctions entre ses constituants. Elle n'est capable que de mouvements de groupe et donc de l'évolution synchronisée de tous ses membres. En effet, les consciences y sont tellement liées qu'aucune ne peut avancer indépendamment des autres, « le tout seul existe ; Seul il a une sphère d'action qui lui soit propre. Les parties n'en ont pas »⁷⁵. A la base de cette unité des consciences et des actions, le consensus (*Verständnis*). Ce dernier est un accord général et tacite entre les membres du groupe qui procède de l'état naturel des choses. Il n'y a donc pas de besoin pour un débat sur la légitimité des décisions prises, celle-ci est présumée. C'est la preuve de l'existence de consciences alignées qui «vibrent à l'unisson »⁷⁶. Aussi, pour atteindre un degré de synchronisation aussi avancé, les membres d'une communauté doivent-

⁷¹ Emmanuelle Jouannet, « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », *Archives de philosophie du droit*, T. 47, 2003, pp. 191-232.

⁷² Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, pp.47-48.

⁷³ René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/ UNESCO, 1986, p. 15.

⁷⁴ La théorie sociologique de Tönnies distingue entre la *Gemeinschaft* (la communauté) et la *Gesellschaft* (la société). Ferdinand Tönnies, *Communauté et Société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, tr. fr. J. Leif, Paris, PUF, 1977.

⁷⁵ Emile Durkheim, « Communauté et société selon Tönnies », *La revue philosophique*, N. 27, 1989, pp.416-417.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 417.

ils être liés par les liens d'attachement primaires ; ce sont les liens de sang, de religion ou de race qui peuvent souder la communauté. Dès lors, on peut considérer que la communauté est l'organisme originel qui permet de créer des structures culturelles complexes. Durkheim ajoute que la communauté ne suppose pas de contrat, car on ne peut y déceler des volontés opposées ou des évolutions antinomiques⁷⁷. Dès lors, la vie du groupe se meut de façon spontanée en suivant des traditions, des coutumes et des normes créées à partir de besoins primordiaux⁷⁸.

Partant de ces propriétés, on ne peut concevoir qu'il existe sur le plan international une communauté au sens propre. Les disparités entre les peuples formant cette communauté présumée sont trop grandes et les rapports entre eux, très inégaux. Ou alors, on devrait se contenter d'un nouveau type de communauté qui ne serait qu'une agglomération artificielle, une superposition des consciences et non comme le supposent Tönnies et Durkheim, une agglutination de ces dernières. En effet, le surgissement de l'humanité dans le vocabulaire du droit international s'accommoderait bien d'une communauté de droit, de valeurs ou même de biens⁷⁹. Cependant, il n'est pas judicieux de se tromper sur la nature des réalités que gère le droit, si on vise à atteindre le maximum de son potentiel d'efficacité et d'effectivité et si on compte réellement réaliser ses ambitions.

Dès lors, il faut reconsidérer cette imprécision qui tend à confondre les concepts de communauté et de société et reconnaître que le modèle international se conforme au second plutôt qu'au premier. Et les implications du concept de société (*Gesellschaft*) sont totalement différentes. Cette dernière étant « un cercle d'hommes qui, comme dans la *Gemeinschaft*, vivent et habitent en paix les uns à côté des autres mais, au lieu d'être essentiellement unis, sont au contraire essentiellement séparés, et tandis que dans la *Gemeinschaft* ils restent unis malgré toutes les distinctions, ici ils restent distincts malgré tous les liens. Par conséquent, il ne s'y trouve pas d'activités qui puissent être déduites d'une unité existant a priori et nécessairement et qui expriment la volonté et l'esprit de cette unité... Mais chacun est ici pour soi et dans un état d'hostilité vis-à-vis des autres »⁸⁰.

⁷⁷ Emile Durkheim, « Communauté et société selon Tönnies », *op.cit.*, p. 418.

⁷⁸ Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture et autres essais*, tr. fr. Pierre Clinquart, Paris, François Maspero, 1968, pp. 96-99.

⁷⁹ René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, *op.cit.*, p. 14.

⁸⁰ Emile Durkheim, « Communauté et société selon Tönnies », *op.cit.*, pp. 418-419.

Pour résumer, « tandis que la composition de la Gemeinschaft est organique, celle de la Gesellschaft est mécanique »⁸¹. Ainsi, on est face à deux logiques différentes et indépendantes que l'on ne peut mixer dans un seul discours. Dès lors, on ne peut prétendre à mettre en œuvre un discours universaliste au sein de la structure éclatée de la société. Et même si Tönnies affirme que la société est née de la communauté, on sait très bien que ceci ne peut être le cas dans le système international qui vise à rassembler les Etats puis, idéalement, les hommes. Par conséquent, si une réelle communauté humaine est à même de surgir par le biais du droit international, elle devrait être une communauté voulue et désirée. Un désir qui, clairement, doit être prouvé par des efforts concrets. De toutes les manières, dans ce monde désormais clos, on ne peut plus éjecter les problèmes à l'extérieur des frontières du droit international⁸² en invoquant la prééminence des civilisés sur les barbares ou les sauvages. Alors, concrètement, on peut trouver dans les textes une consécration de « l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites »⁸³, ce qui présage que la marche vers cette communauté humaine, jusque là mythique, est engagée. Cependant, le même texte qui se prononce en ces termes consacre tant politiquement que juridiquement, le statut des grandes puissances et instaure quasiment une hiérarchie relationnelle ce qui n'a pas cessé de causer crise après crise au sein d'un droit en mal de légitimité, sauf aux yeux de ceux qui l'ont mis en place au départ⁸⁴. On peut donc affirmer l'existence d'une communauté conventionnelle, qui se vérifie dans le cadre des traités multilatéraux. Au mieux, on peut constater le développement d'une « communauté institutionnalisée, dotée d'organisations nombreuses et complexes »⁸⁵. Dans les deux cas, on n'a pas affaire au type de communauté qui correspond à la doctrine scellienne, basée sur l'intime et ingénue solidarité issue de la conscience spontanée d'un sort commun⁸⁶. Vu ainsi, la communauté internationale se présente comme une « fiction juridique d'une solidarité universelle affirmée a priori pour inciter les Etats à agir comme s'il était avéré qu'elle existe

⁸¹ Emile Durkheim, « Communauté et société selon Tönnies », *op.cit.*, p.419

⁸² Georges Abi-Saab, « Humanité et communauté internationale dans la dialectique du droit international », in Mélanges René-Jean Dupuy, *Humanité et droit international*, Paris, PEDONE, 1991, p. 11.

⁸³ *Charte des Nations Unies*, 26 Juin 1945, Préambule.

⁸⁴ René-Jean Dupuy affirme l'existence au sein du droit international d'une forme de légitimité annonciatrice qui s'est constitué à partir de la philosophie juridique et politique dominante dans une circonstance donnée. Cette légitimité, qu'on peut aussi qualifier de circonstancielle, produit certes des normes positives, mais qu'on critique en ce qu'elles répondent à une interprétation spécifique de la justice, ou bien à aucune. C'est ce sentiment d'absence d'adéquation entre le droit et la justice. René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, *op.cit.*, pp. 119 et suiv.

⁸⁵ René-Jean Dupuy, « Les Nations Unies face au développement, à la paix et aux droits de l'homme », *Géopolitique*, N. 13, 1986, p. 52.

⁸⁶ Mireille Delmas-Marty, « Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs », *op.cit.*

vraiment : le droit, et la technique de la fiction dont il a la maîtrise, comme instrument de formalisation du projet philosophique proposé aux nations, ainsi unies »⁸⁷. Mais à force d'user d'une fiction, sans pour autant en concrétiser les implications, les conséquences peuvent être néfastes. En ces termes, on ne peut espérer atteindre le vœu universaliste, plutôt une quasi-universalité⁸⁸ qui ne peut ni marquer la fin du relativisme, ni mettre une fin à la montée des particularismes, ni d'ailleurs trouver l'équilibre de l'harmonie dans la pluralité.

Ces observations démontrent comment le rêve salutaire de l'universalité peut finir par réaliser son contraire. Peut aurait-on dû prendre plus au sérieux un certain droit international du sous-développement⁸⁹, les revendications de faire participer de manière effective les plus démunis dans le processus de prise de décision ou encore celles relatives aux structures et procédures dont appelle constamment à réformer⁹⁰. Quoi qu'il en soit, l'humanité est, pour emprunter l'expression de René-Jean Dupuy, exaspérée par la différence⁹¹ et surtout par l'indifférence. Cela amène les plus lésés, ou moins se considèrent-ils de la sorte, à se retrancher dans les idéologies anciennes, dans les mémoires profondes des cultures et des religions pour se cloîtrer ainsi au sein de l'enclos⁹².

Et quel meilleur moyen pour créer une protection hermétique contre un ordre juridique qu'un autre ordre juridique ? Si on disait plus haut que le droit avait la maîtrise de la fiction, c'est bien en sa qualité de discours et de langage. René-Jean Dupuy en est pleinement conscient lorsqu'il clôture son ouvrage sur le concept de communauté internationale en citant Roland Barthes, « tout est langage »⁹³. Il est certain que l'application du droit en soi ne peut donner lieu à l'éclosion des subjectivités, mais sa compréhension, son interprétation et même sa création le sont inévitablement. Ainsi, la notion de perception prend tout sens mais aussi celle de résistance. Car face au droit perçu, on crée un droit conçu qui répond aux images qu'on se fait du monde et permet de former une communauté dans la communauté. Pierre-Marie Dupuy en vient à considérer que tout ordre juridique « ...est sans doute en même temps le reflet d'une Weltanschauung, mêlant à la fois l'idéologie de l'observateur et ses choix

⁸⁷ Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 297, 2002, p. 268.

⁸⁸ Florian Aumond, *Unité et diversité. Réflexion sur l'œuvre de René-Jean Dupuy (1918-1997)*, Thèse pour le Doctorat en Droit, sous la direction de Rahim Kherad, Angers, Université d'Angers, 2010, p. 397.

⁸⁹ Voir Madjid Benchikh, *Droit international du sous développement : Nouvel ordre dans la dépendance*, Paris, Berger-Levrault, coll. Mondes en devenir, 1983.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 280 et suiv.

⁹¹ René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, op.cit., p. 175.

⁹² René-Jean Dupuy, *La clôture du système international : La cité terrestre*, Paris, PUF, coll. Perspectives internationales, 1989, p. 13.

⁹³ René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, op.cit., p. 179.

méthodologiques personnels »⁹⁴. Mais aussi que toute réflexion sur le droit est une « démarche en elle-même subjective et donc nécessairement marquée par les cultures et les idéologies »⁹⁵. Dès lors, il faut reconnaître que la réception du droit international dépend essentiellement des perceptions qu'on en a. Cette perception, est influencée, d'un côté, par le discours du droit international, qui semble jusqu'à maintenant manquer de cohérence, et par les conditions qu'il génère. D'un autre côté, elle dépend des éléments internes aux sociétés réceptrices, qui vont certainement faire office de faisceaux de compréhension donnant lieu à une interprétation particulière. Une telle position peut sembler pessimiste, puisqu'elle se pose comme un obstacle permanent contre l'idéal de pluralisme et d'universalité ouverte. Ceci dit, elle peut être perçue comme une perspective positive vers l'instillation de ces derniers via les structures normatives. Cette possibilité est clairement envisageable puisque la prise en compte des qualités cognitives du droit, permet d'instaurer un rapport dialogique entre les différents ordres, et convoiter dès lors l'harmonisation (et non pas l'uniformisation). Pour ce faire, il suffit simplement d'adopter une vision appropriée de la fonction normative et normalisatrice et la méthode qui puisse prendre en charge un tel dialogue.

LA DYNAMIQUE DU DROIT ET DE LA SOCIÉTÉ : ARGUMENT

Basé sur l'observation de l'usage du droit comme vecteur d'affirmation identitaire, notre constat sert à démontrer qu'un système juridique n'est jamais à l'abri des fluctuations qui ont lieu dans son environnement social. Il apparaît de ce fait que chaque société assigne à son droit la fonction de protéger son système de valeurs et qu'elle l'invoque à chaque fois que ce système se voit menacé par des facteurs exogènes ou endogènes à l'entité sociale. Dans ce contexte, nous considérons que ce constat revêt un intérêt double puisqu'il nous permet, d'un côté, d'observer les mécanismes par lesquels un fait normatif⁹⁶ serait apte à canaliser l'énergie du droit et à le pousser à formuler une barrière contre tout ce qui pourrait être considéré comme une déviance par rapport à « l'œuvre à accomplir »⁹⁷. D'un autre côté, pareil constat

⁹⁴ Pierre-Marie Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public*, op.cit., p. 59.

⁹⁵ Pierre-Marie Dupuy, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a? », in Rosario Huesa Vinaixa et Karel Wellens (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 4.

⁹⁶ Au sens de Georges Gurvitch, le fait normatif est défini par « l'expérience juridique immédiate » qu'on peut décrire comme l'ensemble des « actes collectifs de reconnaissance froide de situations sociales sensibles réalisant des valeurs positives ». Catherine Raguin, « Le défi juridique: le droit est-il un mécanisme de socialisation? », *L'Homme et la société*, N. 20, 1971, p. 120.

URL: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/homso_0018-4306_1971_num_20_1_1411.

⁹⁷ *Ibid.*

pourrait nous aider à apporter une analyse en termes d'anticipation des résultats de la mise en œuvre du droit international dans certains contextes et des éléments à prendre en compte pour atteindre une effectivité optimale. Elle permettrait ainsi de répondre à une échelle internationale à la question qui s'était posée avec la création de l'Union européenne et qui consistait à savoir « comment faire cohabiter dans un ensemble commun efficace ces différents peuples en répondant aux aspirations de chacun pour constituer un ensemble économiquement homogène, politiquement consensuel, capable d'affirmer une vision commune des affaires du monde ? »⁹⁸. Cette analyse nécessite une méthode qu'on présentera ultérieurement, mais pour l'heure il paraît nécessaire de détailler plus amplement le cadre de réflexion permettant l'utilisation du postulat identitaire dans le répertoire juridique, mais aussi les conséquences de cet usage.

Le droit serait caractérisé par l'établissement d'une structure axiologique en entérinant certaines valeurs mais aussi d'un ordre téléologique puisqu'il sert à réaliser certaines fins⁹⁹. A ce titre nous rejoignons cette position selon laquelle le droit aurait pour fonction le maintien, par l'assurance et la reproduction, d'un ordre social¹⁰⁰. Certes, s'aligner à cette position pourra soulever des inquiétudes quant à la juridicité de la recherche entreprise. A.J Arnaud lui-même est conscient qu'on ne manquera pas de lui opposer la pénétration dans le domaine des faits¹⁰¹. Il est clair que l'idée d'un mouvement d'échange entre droit et société met à mal, d'un côté, la position des sociologues-juristes qui conçoivent le droit comme un sous-système social, et d'un autre côté, celles des chercheurs en sciences juridiques qui le conçoivent comme une matrice purement autonome et indépendante. En effet, les deux positions recèlent une part de vérité, chacune étant une facette des rapports entretenus entre droit et société. Ne pouvant ni nier le bassin social et culturel dans lequel émerge puis évolue le phénomène juridique, ni ignorer les manipulations qu'il finit par opérer dans son milieu suite à ses mutations propres, on ne peut qu'avouer que droit et société ne doivent pas être conçus comme des objets d'études isolés mais plutôt ordonnés dans un rapport de coévolution et d'influence mutuelle. alors, si la dynamique et la vie du droit est telle qu'elle ne peut être isolée de son terreau, pourquoi s'acharner à le renier ? Peut être que la naissance d'une science du droit cohérente est tributaire de la reconnaissance du tout juridique. Après tout,

⁹⁸ Antonio Tizzano, *L'intégration européenne au XXI^e siècle*, Paris, La documentation française, 2004, p19.

⁹⁹ André- Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T1 Où va la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Volume XXVI, 1981, pp. 31-32.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 31.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 32.

n'a-t-on pas fini par avouer que la prétention à la certitude scientifique dans les systèmes juridiques complexes d'aujourd'hui serait une gageure ou une chimère¹⁰². Cette prise de conscience a permis d'avancer des définitions plus tempérées comme celle de Jean- Louis Bergel qui affirme que «... si le droit s'appuie incontestablement sur des valeurs qui dépassent le domaine de la technique juridique, il se définit comme l'ensemble des règles régissant la vie en société et dont le respect est garanti par la puissance publique. Il n'est pas une fin en soi mais un ensemble de mécanismes d'organisation des sociétés et de régulation des relations sociales »¹⁰³. Cette prise de conscience est d'une importance majeure, surtout en ces temps où le droit se complexifie et se voit accorder la lourde tâche d'unifier les visions vers la création d' « un Etat de droit mondial »¹⁰⁴. Le moment est ainsi propice pour une nouvelle approche du droit qui, au lieu de faire l'impasse sur ses « impuretés », les assume.

De plus, ce rapport s'avère déterminant lorsqu'un système juridique se trouve en position d'interaction avec un système étranger. On soutient, en effet, qu'un système juridique évolue à la rencontre d'ordres extérieurs tel que l'ordre juridique international par un mouvement dont on cherchera à comprendre les tenants et les mécanismes. Lors de cette évolution, les conditions internes du système juridique en question, et spécifiquement son milieu culturel, son fardeau identitaire et sa philosophie fondatrice sont à même de modeler ses réactions et donc ses mouvements et ses évolutions. Les réactions à caractère identitaire aux ambitions du droit international et dont les systèmes juridiques au référent islamique sont le véhicule privilégié constituent l'un des symptômes à partir desquels on peut accéder à cette réalité. En effet, c'est comme si on était en présence d'un schéma triptyque où le passage d'un système à l'autre conditionne le sort du phénomène créé. Ainsi, dans une situation où l'ordre juridique international vient à entrer en contact avec un système juridique à référent islamique, on ne doit pas se soucier uniquement des procédures légales afin d'assurer un maximum d'effectivité alors que d'autres facteurs entrent en ligne. Considérons un ordre juridique national à référent islamique entré en contact avec l'ordre juridique international. L'ordre juridique national aurait pour but d'intégrer certaines normes du droit international dans son propre corpus juridique mais qui seraient en contradiction avec la substance du

¹⁰² Wagdi Sabete, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », in Mathieu Doat, Jacques Le Goff, Philippe Pedrot (dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 372. Cité par David Gilles, Simon Labayle, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *RDUS*, n°42, 2012, p. 311.

¹⁰³ Jean- Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 17. Cité par *Ibid.*

¹⁰⁴ Mireille Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011, p. 20.

réfèrent islamique. Ce dernier ne fait pas figure de mention dénuée de sens mais est au contraire une manière pour l'ordre juridique national de s'accommoder avec ses propres sujets et faciliter la régulation. L'ordre juridique national se trouve ainsi sous la double influence de l'ordre international avec lequel il entre en interaction mais aussi, et en conséquence, celle de son propre milieu qui réagit pour maîtriser le droit qu'il a généré. Cette double influence à laquelle est soumis le système juridique donne naissance à une forme d'évolution appropriée à la situation. Pour mieux comprendre ce schéma, il faut d'abord comprendre le fond du rapport entre le droit et son terreau culturel, qui fait que ce dernier intervienne pendant tous les moments de la vie juridique.

Il est certain que le fait de placer le droit au centre de la problématique identitaire et culturelle est une entreprise délicate qui peut se heurter au piège de la substantialisation. Mais il n'est pas question ici de justifier une quelconque prétention identitaire en la soutenant par un lot d'arguments historiques, géographiques, politiques ou autres. Au contraire, il s'agit d'une ambition dont le fond est de comprendre le fonctionnement d'un système juridique par le biais de la prise en considération de ses dimensions sociale et socialisante.

D'abord la dimension sociale, puisque le droit est le produit culturel d'une conscience collective, d'un mode de sociabilité¹⁰⁵. On parle d'un consensus social qui constitue une relation immédiate entre l'individu et les valeurs sociales, et dont le droit serait le reflet et la manifestation¹⁰⁶. Durkheim considère qu'à l'origine du consensus figure la solidarité. Une solidarité dans le sens d'une organisation sociale, une sorte de trait d'union entre plusieurs individus qui engendre la conscience du groupe : le consensus. Les propos de Durkheim ont été développés par les juristes qui ont retenu un sens spécifique pour la notion de solidarité, celui d'ensemble de valeurs. Ainsi, Ehrlich met l'accent dans sa définition de la norme juridique sur l'idée de l'*opinio necessitatis* c'est-à-dire le sentiment d'importance sociale dont bénéficie la règle¹⁰⁷. Plus tard le critère consensuel centré sur l'idée de valeurs a été repris par John Rawls qui a avancé l'idée du consensus par recoupement qu'il considère comme « un socle moral sur lequel, au delà, de leurs diversité de vues (philosophique, morale ou religieuse) et leurs convictions, les citoyens peuvent s'appuyer pour vivre ensemble »¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Mireille Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs ?*, *op.cit.*, p. 20.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Catherine Raguin, « Le défi juridique: le droit est-il un mécanisme de socialisation? », *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁸ Albert Kasanda Lumembu, *John Rawls: Les bases philosophiques du libéralisme politique*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.79.

L'insistance sur cette idée revient à mettre l'exergue sur le capital en valeurs du droit qui devient de ce fait « le précipité le plus articulé du consensus »¹⁰⁹.

Vient ensuite la dimension socialisante puisque le droit a pour fonction d'assurer la conformité aux valeurs qui l'ont produit. En d'autres termes, le droit incarnerait certaines valeurs émanant d'une identité et solidarité sociale dans le but de les pérenniser. Burdeau affirme que « c'est là la raison d'être essentielle du droit, qui n'est pas de créer des valeurs, mais de systématiser, en les coordonnant, celles qui sont en valeur dans le groupe »¹¹⁰. Ainsi le droit assure la socialisation des individus aux valeurs communes et sanctionne les déviances au modèle consenti. Les déviances les plus communes sont évidemment ceux qui sont sanctionnées par la justice, mais il se peut que le diseur du droit lui même s'écarte du modèle en transplantant un nouveau schéma qui véhicule des valeurs différentes comme cela peut être le cas des valeurs du droit international implantées dans les contextes nationaux. Utiliser le droit comme un moteur de changement des mentalités et passer par un schéma d'implémentation inversé des valeurs, il n'y a rien de moins acquis. En effet, le problème dans ce cas précis se situe au niveau de la sphère de la légitimité et non pas au niveau de celle de la légalité¹¹¹, ce qui justifie encore le fait d'invoquer le postulat identitaire et l'analyse du droit par les représentations sociales. En tout état de cause, le droit serait au cœur même des considérations qui tourmentent une société donnée par rapport à ses valeurs et ses références. De par son emplacement en amont et en aval de la mission du contrôle social, on peut se rallier à la position selon laquelle le droit aurait un fondement communicationnel.

Faisant recours à un critère d'intersubjectivité qui se comprend dans le cadre d'un « dialogue » entre un locuteur et un auditeur, la théorie de l'agir communicationnel d'Habermas dresse un modèle dans lequel chaque individu établit le sens sur le fond de ce qui constitue son monde vécu et représente son enracinement dans son mode de vie. Cette entreprise se base sur un échange d'arguments qui se rattachent à un type précis de rationalité. Selon la situation, le sujet est à même de choisir le type de rationalité qui pourrait apporter

¹⁰⁹ Edward Shils, « The concept of consensus », *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, Macmillan Co. & Free Press, vol. 3, 1968, pp. 260-266. Cité par Catherine Raguin, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁰ Georges Burdeau, *Traité de science politique- Tome I : Le pouvoir politique*, Paris, LGDJ, 1966, p. 180.

¹¹¹ Il est fait référence ici à la théorie des cercles sécants de la validité juridique selon laquelle une norme juridique est valide si on est en mesure d'observer trois critères, indépendants mais en interaction, la légalité, la légitimité et l'effectivité. Voir François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, pp. 352-368.

une interprétation suivie d'une définition satisfaisante et qui pourrait donc recevoir la validation de l'auditeur¹¹².

La rationalité se réfère donc systématiquement à la prétention à la validité. Dans ce contexte, le droit conçu par Habermas comme une « catégorie de la médiation sociale entre factualité et validité »¹¹³, porte en lui le problème de l'articulation de la légalité et de la légitimité de manière à revêtir un système juridique d'un caractère effectivement normatif, tout en assurant que les sujets du droit sentent qu'il émane d'eux et s'y reconnaissent afin de lui conférer sa légitimité¹¹⁴. Le rapport dialogique entre les sujets du droit cristallise cette tension puisque leurs discussions et arguments sont situés dans un contexte donné mais que leurs prétentions à la validité dépasse le contexte pour atteindre le but escompté¹¹⁵. Cette prétention à la validité par le biais de la communication engage le droit dans une logique de l'argumentation où le meilleur argument est celui qui crée le consensus¹¹⁶. Le droit incarnerait cet « ordre qui n'est pas celui de la connaissance, mais celui de la communication, de l'échange, de la fréquentation »¹¹⁷.

Ainsi, le droit en tant que pratique rationnelle serait soumis aux règles du discours et aux jeux de langage¹¹⁸. Dans ce sens, Dupret affirme que « le droit est communication, lieu et objet de communication »¹¹⁹ et c'est ainsi qu'il déduit à juste titre que le droit comme outil de communication est un langage et que ce dernier est le produit d'un fond culturel et identitaire¹²⁰. Ainsi le droit serait le moyen pour pérenniser un système symbolique de valeurs et de relations par le biais de la fonction d'échange et de communication qu'il assure, et dont le propre est d'apporter une relation signifiante au réel¹²¹. Comme le dit Raymond Verdier, le droit est « un système de communication et d'échange de valeurs instaurant des relations symboliques entre les membres d'une même unité politique et ou de différentes

¹¹² Bjarne Melkevik, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », *Les cahiers du droit*, Vol. 31, N. 3, 1990, pp. 904- 905.

¹¹³ Jürgen Habermas, *Between facts and norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, tr. ang. William Rehg, Cambridge, The MIT Press, 2ème ed., 1996, p. 1.

¹¹⁴ Edouard Challe, « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le philosophe*, Vol. 3, N. 9, 1999, p. 179.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 187-188.

¹¹⁶ Bjarne Melkevik, « Le modèle communicationnel en science juridique », *op. cit.*, p. 911.

¹¹⁷ Maurice Merleau- Ponty, *Les aventures de la dialectiques*, Paris, Gallimard, 1955, p. 70.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Baudouin Dupret, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *Droit et société*, N. 34, 1996, p.593.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*, p. 594.

unités appartenant à un groupement politique plus vaste »¹²². De ce fait, considérer le droit comme ayant un fondement communicationnel, ouvre la discipline à ses propres dimensions sociales et historiques et assure une meilleure compréhension des classifications qu'il opère dans ces dimensions¹²³. Ost et De Kerchove développent cette idée en expliquant qu'il n'y pas de réel hors des manifestations culturelles dont fait partie le langage, et que le droit, en tant que langage et médiateur de communication finit par développer un imaginaire et un système de symbolisation qui lui sont propres. C'est de cette posture d'autonomie en interaction dont jouit le droit, que résulte son double effet qui consiste à donner forme juridique aux produits sociaux mais aussi d'être conditionnés par eux¹²⁴. La conséquence de cette posture est que « l'organisation juridique d'une société doit s'appréhender simultanément comme organisation et comme représentation, comme structure et comme symbole, comme facteur d'ordre et comme idéalisation du réel »¹²⁵.

Ainsi présentée, la perspective d'un droit en interaction avec son environnement pave la voie vers des champs de réflexion nouveaux. Les défenseurs de cette voie optent pour une conception plus élargie de la norme dans le sens où ils considèrent le droit comme « un ordre normatif inhérent à la dynamique du savoir socioculturel »¹²⁶. La norme peut de ce fait être vue comme signification ou un instrument d'évaluation¹²⁷. Elle intervient pour instaurer une rationalité et en devient la justification¹²⁸. Il y a là une différenciation subtile qui peut s'avérer utile lors de l'analyse des prétentions identitaires interférant en matière de droit. Celle qui consiste à faire la part de ce qui est légal et de ce qui est juridique. Ainsi on peut dire qu'une règle est promulguée selon une autorité habilitée qui suit un procédé posé et légitime et ce indifféremment du contexte. Cependant, une norme est le produit d'interactions culturelles et d'expériences muries dans l'espace et dans le temps. Une règle n'est pas tenu d'être en conformité avec la norme, mais le fait qu'elle le soit est à même d'asseoir sa validité du point de vue de sa légitimité. Une règle est forcément légale alors que la norme peut être simplement de teneur juridique. Donc là où la règle procède par prescription et imposition, la

¹²² Raymond Verdier, « Premières orientations pour une anthropologie du droit », *Droit et cultures*, N. 1, 1981, p.1, cité par Baudoin Dupret, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *op.cit.*, p. 593.

¹²³ Bjarne Melkevik, « Le modèle communicationnel en science juridique », *op. cit.*, p. 914.

¹²⁴ François Ost et Michel Van de Kerchove, « Le jeu de l'interprétation en droit : Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », in José Luis Curiel (dir.), *Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social*, Mexique, Université nationale autonome du Mexique, VOL. VI, 1982, p. 332.

¹²⁵ Louis Assier Andrieu, « Le juridique des anthropologues », *Revue Droit et Société*, N. 5, 1987, p. 94.

¹²⁶ Carol J. Greenhouse, « Looking at culture, looking for rules », *Man*, N. 17, 1982, p. 71.

¹²⁷ Baudoin Dupret, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *op.cit.*, p. 594.

¹²⁸ *Ibid.*

norme procède par classification et justification. Elle opère une normalisation du vécu. Cette position prend donc en considération la norme en tant que devoir être sans qu'elle soit nécessairement posée ou en vigueur légalement. Elle reprend en quelque sorte la distinction que fait Kelsen entre normes posées et normes pensées¹²⁹. Les premières étant positives et les secondes simplement supposées. Ainsi cette perspective réhabilite la « norme pensée » de Kelsen et lui accorde malgré son dépouillement de légalité une influence juridique et l'intègre pleinement dans cette sphère.

Dans ce contexte, le droit musulman ou la charia est souvent perçu comme un ensemble de normes issues d'un certain savoir commun qu'il faut insuffler dans le droit positif. Le droit devient donc élément signifiant d'un milieu socioculturel, voire même « un instrument de mise en visibilité »¹³⁰ de ce milieu. Dupret y apporte un parfait exemple en s'entretenant avec des juristes égyptiens dont l'un d'eux affirme que « les codifications peuvent s'avérer utiles, en droit administratif par exemple. Cela étant, le fiqh, le coran et la sunna sont comme une constitution. Ils contiennent les principes généraux que les codifications ne peuvent pas contredire »¹³¹. Cette affirmation montre l'importance de la teneur normative du répertoire juridique musulman qui a effectivement infiltré de nombreux systèmes juridiques de pays musulmans par le biais de leurs constitutions. Le répertoire juridique musulman, qu'il ait ou non acquis un caractère positif, continue à servir d'instrument d'évaluation de la sphère de la légalité des systèmes juridiques dans lesquels il s'applique et peut ainsi conditionner les termes de leurs évolutions de l'intérieur mais aussi leurs réactions lors de leurs interactions avec des ordres « étrangers ».

Qualifier un autre ordre juridique d'étranger est très significatif dans la mesure où il impose l'idée de l'altérité. Ce qui est étranger, étant substantiellement différent, on tente de l'évincer en créant des frontières. Ainsi, il serait possible de dire que cette qualification procède par liminarisation¹³² et qu'elle dresse des frontières qui ne sont pas seulement ceux des Etats. Rached Ghanouchi disait dans un entretien que « le seul moyen d'accéder à la modernité est de suivre notre propre voie, celle qui a été tracée pour nous par notre religion, notre histoire et notre civilisation¹³³ ». Le « nous » utilisé dans ce contexte vise la communauté des croyants, la *oumma* qui est par essence une communauté juridique et

¹²⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 13.

¹³⁰ Baudoin Dupret, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *op.cit.*, p. 595.

¹³¹ Entretien avec MN, Avocat égyptien, Janvier 1994, *Ibid.*, p596.

¹³² *Ibid.*, p. 601.

¹³³ Rached Gannouchi (président du parti islamiste tunisien Ennahdha), entretien, Jeune Afrique, Juillet 1990.

théologique supranationale. En tant que moyen de mise en visibilité de cette communauté, le droit peut être considéré comme une frontière qui crée une différenciation entre soi et autrui. Il est en ce sens envisagé dans le cadre d'une métaphore spatiale¹³⁴. Boaventura de Sousa Santos développe cette idée en affirmant l'existence d'espaces juridiques multiples et que la persistance d'étudier le droit et la société comme des îlots isolés afin de protéger le premier contre les idéologies de la seconde, a conduit à une position elle-même idéologique, celle de l'exclusivité du droit étatique¹³⁵ en tant que seule création juridique. A partir de ce constat de Sousa Santos plaide pour l'utilisation de la métaphore de la cartographie qui faciliterait l'approche des rapports entre droit et société mais aussi les rapports d'inter-légalité qui peuvent émerger des interactions des différents ordres juridiques¹³⁶. En résumé, la théorie se présente comme suit : le droit serait à la société ce que les cartes sont à la géographie, une déformation en vue de refléter le réel¹³⁷; partant de l'idée que la déformation n'est pas chaotique mais au contraire une nécessité qui permet d'embrasser la réalité complète des rapports entre ces deux entités. Ceci dit, en étant une déformation, le droit cesse d'être une simple incarnation du réel pour aussi le manipuler. Selon la métaphore cartographique, le cadre de perception du droit mais aussi ses différents types de manipulations divergent selon l'échelle, la projection et la symbolisation.

L'échelle détermine la lecture que l'on peut faire d'une situation donnée et dépend de l'espace juridique dans lequel on se trouve. Le fait que l'on opte pour une échelle locale, nationale ou internationale¹³⁸ détermine non seulement la légalité mais aussi le type de réalité. Comme le dit de Sousa Santos « l'échelle crée le phénomène »¹³⁹. Cela veut dire que différents objets peuvent recevoir différentes interprétations mais aussi que les acteurs ont le choix de se positionner sur le niveau de légalité qui répond à leurs critères d'évaluation et d'identification. Quant à la projection qui permet à un ordre juridique de créer ses propres limites et de les organiser, elle se présente dans une posture de centre et de périphérie. Dépendant du type de projection, les acteurs et les situations sont dotés d'un capital juridique qui les place soit au centre soit à la périphérie de l'ordre. Commence alors une opération de transfert de la culture du centre à la périphérie qui peut plus au moins réussir selon les

¹³⁴ Boaventura de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit », *Droit et Société*, N. 10, 1988, p. 402.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 381.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 391.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 383.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 390.

¹³⁹ *Ibid.*

relations de pouvoir, les méthodes d'interprétation et les positions idéologiques. Cette procédure d'adaptation débouche sur le développement de mécanismes de rejet ou d'implantation du droit imposé. Des considérations naissant de l'échelle et de la projection, dépend la symbolisation qu'opère le droit des représentations sociales. Un procédé complexe qui œuvre par le moyen de l'interprétation et la communication.

Comme le remarque Dupret, la métaphore cartographique nous offre un double enseignement, et peut de ce fait se satisfaire de répondre à sa vocation d'être une théorie postmoderne du droit, d'offrir un « nouveau sens commun juridique »¹⁴⁰. Elle permet d'abord de constater la multiplicité des lieux du droit et fait surgir le phénomène d'inter-légalité¹⁴¹. La logique de l'espace positionne le droit lui même dans un champ déterminé mais fait aussi bénéficier les acteurs et les situations de plusieurs espaces juridiques juxtaposés et parfois même concurrents. Et c'est là le second enseignement, puisque les acteurs jouent de cette pluralité et manipulent les symboliques et les rhétoriques du droit¹⁴².

Cette théorie est vérifiable dans les Etats dont le système juridique repose sur le référent islamique ou bien simplement dont la foi majoritaire est l'islam. Ainsi dans ces Etats, le capital juridique est réparti de manière à ce que l'ordre juridique moderne s'adapte dans les espaces de la légalité islamique. Il s'y adapte la plupart du temps en l'absorbant et en se l'appropriant pour pouvoir étendre son champ d'effectivité et procède à un couplage des légalités. En incluant le référent islamique dans le droit moderne, ce dernier s'assure un capital de représentation et d'identification. Aussi, l'espace de légalité islamique est-il influent en tout ce qui concerne la politique juridique officielle (moderne). En effet, l'exportation de la technologie juridique occidentale ou des normes dont la substance est communément qualifiée d'occidentale doit se faire de manière à permettre la continuité des spécificités culturelles et des acteurs qui s'y reconnaissent. Ainsi, on peut en conclure que les postulats de reconnaissance culturelle n'ont pas d'existence propre mais plutôt une fonction¹⁴³, celle de fixer un système de valeurs qui lie chaque communauté et assure sa reproduction et son principe de reconnaissance. Le droit peut être considéré comme un mécanisme qui facilite l'ancrage de la spécificité culturelle, puisse-t-on l'analyser à partir des représentations qu'en font ses sujets. Il sert ainsi par son langage et toute la charge

¹⁴⁰ Boaventura de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit », *op.cit.*, p. 404.

¹⁴¹ Baudoin Dupret, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *op.cit.*, p. 603.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Claude Lévi-Strauss (dir.), « Conclusion de Claude Lévi Strauss », *op.cit.*, p.332.

symbolique qu'il porte à créer un champ de magnétisation qui attire et assigne des rôles aux membres d'un même groupe.

Cette idée explique la rémanence d'une notion traditionnelle telle que celle de la *oumma*, qui constitue à une échelle mondiale un ordre juridique concurrent au droit international et dont les effets imprègnent les échelles locales et nationales. En ce sens la *oumma* correspond à une aire juridique procédant d'une symbolisation spécifique ce qui en fait aussi une aire idéologique.

Cette notion des aires idéologiques, et le raisonnement qu'elle implique, est très importante puisqu'elle nous permet d'envisager de manière concrète l'échelle internationale que nous étudions. Mais surtout en ce qu'elle offre une perspective autre que celle stagnante et qui rentre, comme le souligne un prophétique René- Jean Dupuy dans la logique de l'enclos planétaire¹⁴⁴. Dans cet enclos se réfugie une cité discordante¹⁴⁵ mais surtout aux structures inappropriées par rapport aux fins qu'elle s'est fixé¹⁴⁶. Cette structure est basée sur le principe de l'entente régionale qui est sensée être la voie vers l'universalisme. Puisque l'idée de l'universalité semble insuffisamment ancrée dans les consciences, on tente d'uniformiser les espaces et de créer des solidarités de voisinage basées sur l'intérêt. Mais ce type de solidarité ne peut, que très difficilement, dépasser les limites d'un espace localisé. Une difficulté qu'on peut expliquer en invoquant encore la théorie de la cartographie juridique et son idée du centre et de la périphérie juridique. En effet, de Sousa Santos insiste sur la nécessité de développer des actions stratégiques et des tactiques d'implantation juridique du centre (international) à la périphérie (nationale) qui dépassent de loin le simplisme du formalisme¹⁴⁷. Ces stratégies et tactiques dépendent du type de projection et conséquemment du type de légalité choisie. De Sousa Santos note que c'est la projection et donc la légalité géocentrique qui a domine sur notre vécu juridique. C'est une légalité qui favorise une représentation objective et généralisable à l'activité sociale¹⁴⁸. Cependant l'auteur note la montée de la légalité égocentrique qui représente la première forme connue de légalité. Cette dernière favorise l'émergence des particularismes juridiques et tend à créer des enclos juridiques individuels¹⁴⁹.

¹⁴⁴ René- Jean Dupuy, *La clôture du système international. La cité terrestre*, op.cit., p. 13.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 17

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 121.

¹⁴⁷ Boaventura de Sousa Santos, *op.cit.*, p. 393.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 396.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 398.

C'est une coïncidence assez significative que les deux auteurs choisissent la métaphore de l'enclos. En effet, le pullulement des enclos particularistes dans un enclos aux ambitions universalistes est le signe d'un problème de fond. Comme le remarque Dupuy, la construction de ce qu'il appelle l'enclos planétaire est donc statique et ne peut rendre compte de l'évolution des rapports transnationaux. Dupuy avance l'exemple du groupe des 77 dont la polarisation fut substantiellement idéologique et qui fût, de par son rôle décisif dans la décolonisation territoriale, la « région d'un cri »¹⁵⁰. A juste titre, il observe que « la charte des Nations Unies, centrée sur un régionalisme purement territorial, n'a pas prévu l'entrecroisement des aires idéologiques. le compartimentage interétatique sur lequel elle repose, est mal adapté à ces enchevêtrement transnationaux de portée essentiellement culturelle »¹⁵¹. Ainsi, cette polarisation à caractère culturel et idéologique est plus représentative de l'identité de ses membres. De plus, et bien qu'ils fassent partie de la « cité », les pôles (ou périphéries) rentrent naturellement dans des rapports concurrentiels, voire même conflictuels. Entre le besoin de tout pôle de se replier sur soi en cherchant à préserver son intégrité et à s'ouvrir aux autres en aspirant à l'expansion, l'avenir de la cité terrestre décrite par Dupuy se construit. On ne peut que s'aligner avec son idée selon laquelle, la polarisation du monde émerge comme un phénomène socioculturel, un système qui défie les hiérarchies et les successions historiques. Ou encore son idée selon laquelle les césures provoquées par la polarisation culturelle et identitaire à l'échelle internationale, en plus des antagonismes qu'elles entretiennent sont décisives pour l'avenir de l'humanité¹⁵², rien que cela !

On a donc choisi d'appréhender le problème comme il se présente, un phénomène socioculturel qu'on ne peut plus isoler du droit. De par la nature même de ce dernier, émanant, en communication et en coévolution avec la société. Et de part les enjeux de la question, qui influent non seulement sur l'évolution de la cité terrestre telle que décrite par Dupuy, mais aussi sur l'évolution même des systèmes juridiques qui interagissent avec l'ordre juridique international et dans son cadre. Ainsi, il serait judicieux d'emprunter une autre voie que celle qui consiste à se limiter à la description des pratiques des Etats en considérant que le domaine du droit international y est confiné. Au contraire, il faut prendre en considération les schémas complexes qui s'offrent à nous et qui en font une discipline multidimensionnelle.

¹⁵⁰ René- Jean Dupuy, *La clôture du système international*, op.cit., p. 123.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.* , p. 125.

Surtout avec l'émergence des individus en tant que sujets du droit international¹⁵³, ces schémas ne feront que se complexifier encore plus puisque ces derniers viendront accentuer la charge identitaire qui habite tout système juridique.

Vu ainsi, l'objet de notre étude est extrêmement ambitieux. Non seulement, il cherche à concevoir le droit comme un tout et à le réconcilier avec ses impuretés pour comprendre ses mécanismes complexes. Mais il tente aussi, et ce sur une échelle internationale, d'incorporer tous ces éléments pour faciliter la compréhension des évolutions des systèmes juridiques qui interagissent avec l'ordre international. Pour être à la hauteur de cette ambition, il fallait une méthode appropriée et qui puisse orienter la recherche dans les voies sinueuses qui se présentaient à nous. Nous avons choisi d'entamer la recherche à partir du modèle des systèmes à raison juridique. La raison juridique est un concept novateur qui est à même de rendre compte des évolutions des systèmes juridiques et de leurs mouvements. Il convient ainsi de décortiquer le concept plus amplement en ce qu'il représente l'assise méthodologique de notre étude.

LA RAISON JURIDIQUE: METHODE

Dans son analyse comparative des théories et systèmes de la morale, Bautain affirmait que « la doctrine du rationalisme pur, de la morale purement rationnelle, est complètement insuffisante: elle peut expliquer tout au plus la justice stricte et rigoureuse; elle est incapable de s'élever au dévouement et de le comprendre. C'est pourquoi toutes ces doctrines morales du rationalisme ne connaissent que le droit strict et ne vont pas au delà. Or *summum jus, summa injuria* »¹⁵⁴. Il est en effet possible de conclure que l'excès de raison mènerait à l'excès du droit et que l'excès du droit, selon la célèbre formule de Cicéron, mène inexorablement à l'excès d'injustice. Il est même possible de se rappeler des concepts tels que les raisons de la loi, cette *ratio legis* qui pousse à établir des règles. Mais aussi des raisons du pouvoir, raisons d'Etat, qui poussent à les transgresser. L'observateur qui se trouve au cœur de cette dialectique entre loi et raison, où chacune participe à la naissance de l'autre mais aussi à sa déchéance, est contraint de se demander si les raisons du droit ne sont finalement que ceux du pouvoir qui l'édicte et si sa morale n'était que celle du vainqueur. Il n'en reste pas moins que la langue n'a pas gardé cette vision cynique de la raison, Littré la définissant comme étant « ce qui est de

¹⁵³ Ahmed Mahiou, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité: cours général de droit international », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 337, 2009, pp.213-241.

¹⁵⁴ Louis Eugène Marie Bautain, *La morale de l'évangile comparée aux divers systèmes de la morale*, Paris, Auguste Vaton, 1855, p. 257.

devoir, de droit, d'équité, de justice »¹⁵⁵. Plus tard, dans son vocabulaire destiné à l'usage des juristes, Cornu présente le concept comme étant la capacité de discernement de ce qui est juste, possible et bien fondé mais aussi comme sa justification, ce qui suggère une conscience bien disposée, du bon sens: la sagesse même¹⁵⁶. Ceci n'est pas sans évoquer cette période romantique du droit où il n'y avait aucune gêne à considérer cette discipline comme une science, dans le sens d'un savoir structuré, dont la fin est la recherche du juste et où le jurisconsulte était considéré comme sage ou pourquoi pas, comme philosophe¹⁵⁷. Cette période bien que révolue, a ancré dans les esprits la conception d'un droit-justice, dont les buts se détachent complètement de la vision rigide qu'en ont ses nouveaux praticiens. En se cantonnant à l'idée d'une discipline suffisante à elle même, ils espèrent se conformer aux conditions du bon sens, de la logique et de la raison.

Mais quelle raison? Il est vrai que dès que l'on aborde la question de la raison juridique, se pose instantanément la question du raisonnement, de la construction de l'argument en droit et de sa finalité¹⁵⁸, au sens de la rationalité interne d'un système juridique. Ce n'est pas cette conception qu'on vise à approcher, même si de chaque raison découle une rationalité différente et donc une intelligence juridique à part et une vision distincte des principes qui précèdent aux normes. Par ailleurs, on ne peut étudier le concept de raison sans expliquer quelles sont ses retombées méthodologiques, mais il n'en reste pas moins qu'on ne peut définir la raison juridique par les constructions mentales qu'elle crée. On ne se situe pas non plus au niveau ontologique de la définition en ce sens qu'on n'a pas en vue de scruter l'essence même de la science du droit.

En effet, on doit le concept de raison juridique tel qu'on l'entend à A.J Arnaud qui a développé cette théorie dans son ouvrage fondateur « la critique de la raison juridique »¹⁵⁹, afin d'étudier les rapport entre le couple droit et société d'une manière originale et pour lutter contre les visions figées et le cloisonnement disciplinaire de son époque. Depuis 1981, date de la parution de l'ouvrage, le paradigme de la raison juridique a prouvé sa véracité et la critique d' A.J Arnaud s'est avérée juste, féconde et visionnaire à plusieurs égards. Un fait est là, la

¹⁵⁵ Emile Littré, *Dictionnaire de la langue Française*, Paris, Hachette, T. 4, 1874, p. 1455, URL : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54066991/f66>

¹⁵⁶ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 6ème ed., 2004, p. 743

¹⁵⁷ Jean-Pascal Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, T. 45, 2001, p. 205-206.

¹⁵⁸ Voir Chaim Perelman, *The idea of justice and the problem of argument*, Londres, Routledge, 1963. Guy HAARSCHER et Léon INGBER, *Justice et argumentation : Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986.

¹⁵⁹ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique-TI*, op. cit.

raison juridique est capable aujourd'hui de rendre compte de problèmes complexes qui n'étaient qu'à leurs prémisses, ou quasiment inexistantes, quand elle a connue le jour. Et c'est pour cette raison que nous avons choisi de nous aventurer sur cette voie fascinante mais tellement peu exploitée, certainement pour les difficultés qu'elle pose au chercheur. La raison juridique telle que développée par A.J Arnaud est la promesse d'une analyse synthétique puis systémique du contexte étudié. Elle défriche le terrain pour une compréhension globale du droit, de son action dynamique et de son évolution en embrassant sans craindre sa complexité inhérente.

A lecture de « la critique », on se rend compte qu'Arnaud ne compte pas apporter de définition précise au concept. Cependant, il ne manque pas d'en déterminer les contours. On peut ainsi lire que « la raison juridique est d'abord expression d'un référentiel. En cela elle est option pour une vision du monde ; elle est prise de parti philosophique, elle est adoption d'une ligne politique »¹⁶⁰ (définition descriptive). Mais aussi que « la raison juridique est le moteur en vertu duquel un système juridique s'organise de façon cohérente et propre à réaliser certaine fins... La raison juridique est condition nécessaire et suffisante de l'existence d'un système juridique »¹⁶¹ (définition dynamique¹⁶²). De plus, « Il n'est pas possible de donner, dans un même système, le caractère normatif à deux règles contradictoires : toutes les règles édictées y renvoient à la raison juridique, qui ne saurait, sur un même point en dicter plus d'une...La raison juridique ordonne, autour d'elle, un système assez fixe et assez certain »¹⁶³. (définition fonctionnelle structurelle ou ordonnatrice¹⁶⁴). « Tout élément relevant d'une raison autre que celle en fonction de laquelle le système est conçu est irrémédiablement exclu du système »¹⁶⁵. « Cette plasticité de la raison juridique, nous la voyons à l'œuvre, sous un aspect dynamique, dans l'éventuel conflit des raison en cas de polysystémie simultanée »¹⁶⁶ (définitions fonctionnelles descriptives¹⁶⁷).

¹⁶⁰ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique-T1*, op. cit., p. 27.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 27

¹⁶² Serge Diebolt, *Le droit en mouvement : éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Sous la direction de André-Jean Arnaud, Université de Paris X- Nanterre, 2000, p. 363.

¹⁶³ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, op. cit., p. 28.

¹⁶⁴ Serge Diebolt, *Le droit en mouvement*, op.cit., p. 363.

¹⁶⁵ André-Jean Arnaud, op. cit., p. 29.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Serge Diebolt, *Le droit en mouvement*, op.cit., p. 363

Ce choix de disséminer les indices au lieu d'offrir une définition compacte¹⁶⁸ est nécessairement dû à la nature même de la raison juridique qui ne se révèle que grâce à une analyse *a posteriori* du système et qui ne s'exprime qu'à travers le discours établi du droit¹⁶⁹. En effet, la raison juridique « n'est pas donnée. Elle n'est ni cause, ni légitimation ; elle n'est que le reflet de la cause ou de la légitimation, qui se trouvent dans les prémisses d'une législation »¹⁷⁰. Ainsi, on ne peut connaître la raison juridique *a priori* ou déterminer les mécanismes par lesquels elle émerge. Si on la croit énoncée, on ignore de fait sa plasticité et sa capacité de mutation rapide. Comme le fait remarquer Arnaud, ce sont les principes/normes¹⁷¹ sur lesquels se base le système qui y sont énoncés et non pas la raison juridique elle-même. Alors que ces derniers, une fois intégrés dans le circuit formels, peuvent rester immuables et ne pas évoluer à cause de leur forme posée. La raison juridique, elle, peut muter et évoluer au gré des transformations et des mouvements du système, à cause de sa forme volatile¹⁷². La raison juridique est ainsi indépendante, dans le sens qu'elle n'est pas figée au niveau du social ou du légal, elle représente un canal de communication et un mode de liaison qui dès le départ endosse un rôle substantiel dans l'organisation du système. Ceci dit, on ne peut en distinguer la forme qu'au fil d'une observation patiente et obstinée. Mais malgré son détachement, la raison dépend du système puisqu'elle doit évoluer au rythme de ses transformations afin de ne pas courir le risque de la disparition au profit d'une raison concurrente.

A ce titre, on considère que la raison juridique est l'héritière du concept de *ratio juris* qui était utilisé par les jurisconsultes romain afin de contourner la difficulté rencontrée face aux concept qu'on ne pouvaient lier directement à des principes clairement énoncés. Dès lors, on se référait à l'esprit général de la connaissance qu'on avait du droit¹⁷³. Ainsi, le principe de *ratio juris* permettait de conserver l'ordre et la stabilité du vécu juridique en lui assurant un fondement rationnel tiré du sens commun juridique (ce qu'on pourrait appeler la rationalité

¹⁶⁸ Ultérieurement, André-Jean Arnaud avance ce qui peut s'apparenter à une définition formelle de la raison juridique. Il dit : « Par raison juridique, j'entends ce principe d'organisation cohérente du système, les propositions qui le forment constituant un réseau de connaissances organisées qui définissent une rationalité du monde. Dans la mesure où le droit, en tant que système, a une activité, ce qui dirige cette activité vers la réalisation de ses fins se nomme raison juridique ». André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », in André-Jean Arnaud, pierre Guibentif (dir.), *Niklas Luhmann : observateur du droit*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1993, p. 160.

¹⁶⁹ André-Jean Arnaud, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Voir les développements sur la distinction entre normes/ principes et règles de Ronald Dworkin et de l'école anthropologique mentionnés supra (p.) et qui sont liés au contexte discuté ici.

¹⁷² André-Jean Arnaud, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷³ Serge Diebolt, *Le droit en mouvement*, *op. cit.*, p. 364.

externe du système). C'est en ce sens que la raison juridique se rapproche de la *ratio juris* puisqu'elle représente aussi une rationalité externe sur laquelle repose le système juridique. En effet, « l'ensemble des dispositions fondamentales doit pouvoir être rattaché à une raison, sans quoi il faut en venir à cette conclusion que le législateur erre »¹⁷⁴.

Voilà que commencent à se préciser les composantes de ce concept flou. La raison juridique ordonne le système mais le subit à la fois, elle est ordonnée par lui. Elle représente un facteur de stabilité, de fixité et de certitude mais est elle-même mutante, en constante évolution, c'est une connaissance actionnable en perpétuelle quête de stabilisation. Cela résulte du fait qu'elle a aussi pour but de réguler le social. Arnaud ne manque pas de justifier ce rapport complexe en précisant son postulat de départ. Selon lui « le droit aurait pour fonction le maintien d'un ordre social. Il n'est pas étonnant que tous ses éléments forment un système, dont la raison elle-même acquiert pour fonction l'assurance et la reproduction de cet ordre »¹⁷⁵. De ce fait, la raison juridique régule le social par le biais de la régulation juridique. On pourrait la qualifier à juste titre de principe méta-régulateur¹⁷⁶.

La raison juridique est aussi un concept qui décloisonne les barrières entre les systèmes juridiques puisque c'est un paradigme qui non seulement tolère le mouvement mais l'endosse et émerge en son sein. Elle permet ainsi de concevoir une perspective juridique ouverte essentiellement au social qu'il régule par l'intermédiaire du droit, mais aussi à tous les domaines qui recouvrent une dimension humaine reflétée par le droit, tel que les droits de l'Homme, le droit international ou la perspective d'un droit global¹⁷⁷. Dans ce sens la méthode d'analyse de la raison juridique colle parfaitement à notre sujet d'étude qui tente d'approcher les interactions entre les systèmes juridiques au référent islamique et le droit international. De plus, en permettant de contextualiser un système juridique, la raison juridique permet d'étudier ses interactions avec d'autres systèmes tout en prenant en compte la dimension importante de la régulation sociale et de son influence sur l'évolution et du système juridique, et de la raison juridique elle-même. Plus loin, le paradigme de la raison juridique nous permet d'apporter des éléments d'anticipation, en ce qu'elle permet de comprendre les mécanismes de l'hétéroplastie juridique¹⁷⁸ ou plus communément les greffes de normes à raison juridique différentes de celle du système receveur. On pourra ainsi

¹⁷⁴ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, op.cit., p. 28.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 31.

¹⁷⁶ Serge Diebolt, *Le droit en mouvement*, op.cit., p. 364.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 365.

¹⁷⁸ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, op.cit.,

déterminer le sort de l'implantation des normes du droit international dans les contextes nationaux ce qui pave le chemin vers une étude sur les possibilités de l'émergence du droit global. Ainsi, la raison juridique couplée avec la théorie des greffes sont deux éléments nécessaires à toute étude ayant pour but d'analyser les transformations des systèmes juridiques en posture d'interaction. De ce fait, la raison juridique apparaît comme assise méthodologique plutôt que sujet d'étude elle-même. En tant qu'outil d'analyse, le paradigme de la raison juridique a des implications méthodologiques. En effet, les spécificités de la raison juridique se présentent comme des choix en cascade qui orientent la recherche. Le caractère systémique, dynamique et complexe de la raison impose donc une étude qui adopte exactement la même voie.

Commençons par l'analyse systémique, qui par sa grande plasticité et son adaptabilité, est capable de rendre compte des situations les plus variées et les plus complexes. Elle repose sur l'analyse des systèmes complexes et de ce qui en découle ; l'interaction, les rétroactions, l'organisation, la complexité, les finalités et les évolutions. L'analyse systémique tend par l'étude globalisée de ces différents aspects à élaborer des modèles qui schématisent et décrivent la vie du système tout en anticipant ses évolutions possibles par le biais des simulations. C'est là toute l'importance de l'analyse systémique qu'on peut qualifier d'une connaissance prospective des systèmes.

Comme nous l'avons déjà précisé, la systémique peut se résumer à l'analyse du système. Cette affirmation ne peut être apparentée à une réduction simpliste puisque cette seule tâche semble farouche et est capable de couvrir un large spectre. En effet, tout phénomène peut se présenter sous la forme de système et étudié en tant que tel du moment qu'on peut y reconnaître les éléments constitutifs d'organisation et d'interaction dans le but d'atteindre une certaine fin¹⁷⁹. Ces éléments sont d'une importance cruciale puisqu'on les retrouve dans toutes les définitions apportées au concept. Selon De Rosnay, « un système est un ensemble d'éléments en interaction dynamique, organisés en fonction d'un but »¹⁸⁰. Le Moigne nous offre une définition plus développée de ce qu'il appelle un système général. Ce dernier est « un objet qui, dans un environnement, doté de finalités, exerce une activité et voit sa structure interne évoluer au fil du temps, sans qu'il perde pourtant son identité unique »¹⁸¹. Plus loin, dans une définition qu'il qualifie de mnémonique, Le Moigne décortique le système

¹⁷⁹ Daniel Durand, *La systémique*, Paris, PUF, 1979, p. 5.

¹⁸⁰ Joël De Rosnay, *Le Macroscopie : vers une vision globale*, Paris, Seuil, 1975, p.93.

¹⁸¹ Jean-Louis Le Moigne, *La théorie générale du système : théorie de la modélisation*, Paris, PUF 1994, p. 61.

en proposant qu'il soit considéré comme « quelque chose (n'importe quoi, présumé identifiable)/ qui dans quelque chose (environnement)/ pour quelque chose (finalité ou projet)/ fait quelque chose (activité = fonctionnement)/ par quelque chose (structure = forme stable)/ qui se transforme dans le temps (évolution) »¹⁸². A lire ces définitions, on peut voir que Le Moigne a respecté le principe qu'il a avancé dans sa théorie sur les systèmes, et selon laquelle toute définition d'un système est une triangulation¹⁸³ qui met en valeurs trois pôles : un pôle fonctionnel, un pôle ontologique et un pôle génétique.

La méthode systémique, opère cette même triangulation comme la méthode privilégiée de l'étude du système. En effet, l'investigation tente d'observer l'un ou l'ensemble de trois pôles selon le point de vue souhaité. D'abord, le pôle fonctionnel qui consiste à déceler ce que fait le système dans son environnement. Ensuite, le pôle structurel ou ontologique qui vise à comprendre ce que le système est par l'étude des rapports et des relations entretenues par ses différents composantes. Enfin, le pôle génétique ou historique tente de mettre en exergue la mémoire du système et son projet et ainsi prévoir ses évolutions possibles¹⁸⁴. Ce dernier pôle d'observation peut s'avérer nécessaire voire prioritaire dans le type d'étude qu'on vient d'entreprendre. Il faut avouer qu'une telle démarche est très ambitieuse puisqu'elle ne se contente pas d'une simple description mais tente de réaliser la meilleure compréhension possible de la réalité étudiée. C'est pour cette raison même qu'il faut être prudent et ne pas construire de réflexions à partir d'idées reçues mais sur la base de faits établis. La seconde difficulté qui découle de cette démarche ambitieuse est que l'étude du tout oblige à connaître sa nature. S'il y a désaccord sur cette dernière, il faut dès lors choisir un point de vue duquel on devrait partir et construire une réflexion.

Cette décision n'est pas évidente à prendre lorsqu'il s'agit de systèmes juridiques comme c'est le cas pour la présente étude. Il y a en effet une discordance théorique sur les spécificités des systèmes juridiques et dès lors sur la manière de les appréhender. D'un côté, il y a ceux qui, comme Luhmann et Teubner¹⁸⁵, ont plaqué la théorie de l'autopoïèse des organismes vivant sur la réalité des systèmes juridiques. Ils plaident donc pour une autonomie totale des systèmes juridiques par rapport à leurs environnements et un mécanisme d'autoréférence du droit à ses propres composantes. D'un côté, d'autres comme Chevallier considèrent que le

¹⁸² Jean-Louis Le Moigne, *La théorie générale du système : théorie de la modélisation*, op.cit , pp. 61- 62.

¹⁸³ *Ibid.*, pp. 63-65.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Voir Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », tr. fr. Michel Van de Kerchove, *Droit et Société*, 1994, pp. 53- 67 et Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993.

droit est une construction artificielle qui ne peut évoluer sans l'intervention des acteurs qui lui ont donné vie. En un mot, Chevallier considère que tout système juridique est un « artefact »¹⁸⁶ qui ne peut aspirer à une évolution indépendante. Dans le même esprit, mais dans une réflexion beaucoup plus poussée, A.J Arnaud justifie son paradigme de la raison juridique en démontrant qu'un système juridique se développe sur un champ plus vaste que celui du droit entendu au sens strict. Ce dernier ne pouvant faire l'objet que d'une observation analytique. C'est le système juridique au sens large qui peut ainsi faire l'objet d'une modélisation systémique¹⁸⁷. Etant donné que la position d' A.J Arnaud fût en réponse à la théorie du système juridique autopoïétique de Luhmann, il convient de présenter le débat qui a lieu entre les deux auteurs. Il va sans dire que nous adoptons le point de vue d'A.J Arnaud puisque nous basons notre étude sur son paradigme de la raison juridique qui découle de sa conception du système juridique. Ceci dit, on ne peut utiliser le concept de raison juridique sans analyser la façon la théorie des systèmes juridiques d' A.J Arnaud par opposition à celle de Luhmann.

En revenant à « la critique », A.J Arnaud nous livre que le lieu d'émergence de la raison juridique est le système¹⁸⁸. Il va donc de soi que ce dernier développe une théorie des systèmes juridiques dans laquelle le paradigme de la raison juridique aura sa place.

Arnaud commence par attaquer la question, oh combien posée, de la distinction entre l'ordre et le système juridique en la qualifiant de « faux problème »¹⁸⁹. Il s'agirait en effet de deux niveaux de d'approche différents¹⁹⁰. Lorsqu'on étudie l'organisation formelle des normes et des rapports entre eux, comme c'est le cas pour les études juridiques classiques, on peut très bien considérer qu'on en présence d'un ordre. Mais si on entend étudier les rapports de ces normes avec tout ce qui représente leur terreau social, et si on considère que cet ensemble renferme des critères de cohérence de façon à ce que chaque élément ait sa place et son rôle, et que, de plus, il soit doté d'une capacité d'autorégulation et de reconnaissance des éléments étrangers qu'il rejette ou adapte, on se retrouve alors en présence d'un système. Le système juridique pourrait être qualifié d'un ensemble plus que l'ordre. Cette remarque ouvre la voie vers l'hypothèse suivante : le droit tel que imposé par l'Etat s'ordonne en sa qualité de système juridique, mais il ne peut être le seul. Cette perspective permet ainsi d'étudier les

¹⁸⁶ Jacques Chevallier, « L'ordre juridique », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (dir.), *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983.

¹⁸⁷ André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », in André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif (dir.), *Niklass Luhmann, Observateur du droit, op.cit.*, p. 166.

¹⁸⁸ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique, op.cit.*, p. 20.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 22.

sous-systèmes juridiques ou les droits non officiels et coupe définitivement avec le dogme du seul pouvoir du droit positif étatique¹⁹¹. En somme, l'ordre est une qualité du système, un niveau d'appréhension. Ce point de vue d'A.J Arnaud a été critiqué, notamment par Chevallier qui a considéré que « la distinction » opérée¹⁹² était peu convaincante¹⁹³. Ceci dit, il faut noter qu'A.J Arnaud n'a pas opéré de distinction mais a plutôt assigné des rôles à la fonction d'ordre et à celle de systématisation. D'ailleurs, il stipule clairement être contre cette séparation « en sorte qu'on peut dire que tout ordre juridique est constitué en système, et que la distinction,..., n'est pas pertinente... »¹⁹⁴. D'ailleurs le fond de la critique de Chevallier ne semble pas claire car il la conclut en adoptant les mêmes propos tenus par l'auteur de « la critique ». Ainsi, il affirme que « tout système quel qu'il soit est caractérisé par un élément d'ordre et par un principe d'agencement de ses éléments constitutifs »¹⁹⁵.

Cette remarque de départ pose les jalons de la théorie du système juridique d'Arnaud puisqu'elle introduit son idée de la multiplicité des champs juridiques. Elle représente aussi le plus important point de divergence avec la théorie des systèmes juridiques autoréférentiels de Niklas Luhmann.

La théorie de Luhmann a évolué au rythme de l'évolution de ses recherches. Ainsi, dans la période où il se consacrait à l'étude de la méthode fonctionnaliste, on pouvait lire dans ses travaux que « les systèmes sociaux ont pour fonction la saisie et la réduction de la complexité. Il servent de médiation entre l'extrême complexité du monde et la capacité très limitée qu'a l'homme d'assimiler ses expériences »¹⁹⁶. Ce n'est qu'à partir des années 1980 que l'auteur opère un virage méthodologique en adoptant le polémique concept d'autopoïèse¹⁹⁷.

Aux fins de sa théorie, Luhmann considère le droit comme un sous-système social. Le système juridique se différencie donc tout en étant à l'intérieur de la société. De par sa propre

¹⁹¹ Soukaina Bouraoui, Sana Ben Achour, Sadok Belaid, Slim Laghmani, « Mutations des systèmes juridiques, notes pour une modélisation », *Revue Droit et société*, N.15, 1990, p. 175.

¹⁹² L'ordre étant un critère de hiérarchisation et le système celui de la cohérence et de la cohésion.

¹⁹³ Jacques Chevallier, « L'ordre juridique », *op.cit.*, p. 13.

¹⁹⁴ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, *op.cit.*

¹⁹⁵ Jacques Chevallier, « L'ordre juridique », *op.cit.*

¹⁹⁶ Niklas Luhmann, « Soziologie als Theorie sozialer Systeme », *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1967, p. 115. Cité par Pierre Guibentif, « Introduction », in Pierre Guibentif et André-Jean Arnaud (dir.), *Niklas Luhmann, observateur du droit*, *op.cit.*, p. 22.

¹⁹⁷ Niklas Luhmann, « Orientation théorique de la politique », conférence prononcée lors du *Convegno Sapere e potere*, Gènes, 1980.

reproduction, il assure la fonction de l'autopïèse du système social lui même¹⁹⁸. On peut ainsi considérer qu'il reste dépendant de son environnement à cause de ses fonctions. Mais cela n'empêche que le droit soit complètement autonome au niveau de ses propres opérations. En effet, la fonction du système est sa raison d'être, mais puisqu'il se reproduit selon un schéma interne, le système est le produit de soi même. Appliqué au droit, ce schéma peut se présenter selon un code binaire légal/ illégal, dont seul le système a le contrôle. Ce codage permet, d'un côté, de rendre concrète la différenciation du système et sa reproduction autopïétique du système. D'un autre côté, il assure sa clôture sur une cohérence spécifique¹⁹⁹. C'est à partir de cette double fonction du codage que le système est à même de développer un mécanisme de régulation personnalisé et de contrôler ses évolutions à partir de ses propres points de vue. L'auteur insiste que l'importance de cette théorie réside dans le fait qu'elle soit proche des idées que se font les juristes en matière de dogmatique et de théorie du droit. Effectivement, son code binaire (légal/illégal) selon lequel un système juridique traite les informations découle du fait qu'il considère que tout droit est nécessairement et simplement légitime du moment qu'il est posé selon les procédures préconisées. A partir de là, le code binaire qui définit l'agir du système juridique est valide et juste. Il dit à ce sujet que « le droit d'une société devient positif lorsque la légitimité d'une légalité pure est reconnue, par conséquent lorsque le droit est respecté parce qu'il est établi selon des règles déterminées par une décision compétente »²⁰⁰. Il en ressort que la légitimation des actions du système doivent venir de l'intérieur même de ce dernier et non de l'extérieur. Elle repose seulement sur la cohérence des mécanismes et des opérations qui permettent sa continuation²⁰¹. Cependant, Luhmann ne manque pas de tempérer ses propos, toujours en reconnaissance de l'impossible autonomie radicale du système et considère à cet effet que le système juridique dispose pour assurer sa légitimation de l'extérieur d'une variété de choix qui s'offrent à lui. En choisissant la possibilité qui rentre le dans le cadre de sa cohérence propre et qui assure au mieux sa reproduction, il se présente comme autonome. C'est dans ce cadre qu'on doit à Luhmann sa

¹⁹⁸ Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », *op.cit.*, p. 56.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 56-58.

²⁰⁰ Niklas Luhmann, « Soziologie des politischen systems », in *Soziologische Aufklärung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, 167.

²⁰¹ S'inscrivant dans le cadre de la théorie de l'autonomie du système juridique, la théorie de légitimité de Luhmann rejette complètement l'idée de consensus issu de la communication proposée par Habermas. Il est logique en effet, dans le cadre de cette théorie, que le consensus mettrait fin à la différenciation du système juridique par rapport à son environnement étant donné qu'il ne peut y avoir de communication en dehors du système lui même. Les rapports avec les autres systèmes ne peuvent être que ceux de la sélection et de la stabilisation. Voir à ce sujet : Poul Kjaer, « Systems in context, on the outcome of the Habermas/ Luhmann debate », *Ancilla Iuris*, N. 66, 2006, pp. 66- 77.

fameuse réflexion selon laquelle « toute légitimation est autolégitimation, mais doit s'extérioriser »²⁰².

En général, cette manière de concevoir l'autonomie est l'une des idées clés de la théorie des systèmes autopoïétiques de Luhmann. Il considère à cet effet qu'il n'a pas développé une théorie de l'isolement mais plutôt répondu à la question de savoir comment un système pourrait s'auto-reproduire en recourant seulement à une information auto-générée tout en distinguant les besoins internes des problèmes inhérents à l'environnement²⁰³. Il propose à cet effet de remplacer les opérations prévues par les systèmes ouverts²⁰⁴ par le concept de couplage structurel²⁰⁵. Ce concept ne constitue pas un ensemble d'opérations réactives du système à son environnement, mais plutôt la façon qu'à le système de connaître son milieu et de faire aux accidents qui peuvent y avoir lieu. Les couplages apparaissent donc avec le système et représentent l'ensemble des relations simultanées qu'il maintient avec son milieu²⁰⁶. En résumé, « la clôture opérationnelle signifie alors qu'un système doit s'appuyer sur des opérations polyvalentes d'un type particulier... Le fait primordial est simplement que l'autopoïèse se continue toujours »²⁰⁷. On peut évidemment critiquer cette position pour sa radicalité et on pourrait se demander comment se produirait la destruction du système si sa reproduction continue. En effet, le système peut tellement changer à l'intérieur pour adapter ses structures de façon à ce qu'il ne ressemble nullement à ce qu'il était au départ. Mais du moment qu'il continue à se différencier de l'environnement, on peut supposer qu'il existe toujours. Quand Luhmann parle de la destruction des systèmes autoréférentiels, il reconnaît que cela peut avoir lieu mais ne détermine pas de quelle sorte un système échoue à se différencier de son environnement et dans quelles conditions. A ce titre, et quand se pose la question de l'évolution du système juridique, Luhmann considère que c'est la différenciation de l'environnement et donc le caractère autoréférentiel qui permet à ce dernier de varier ces structure pour autant qu'elles soient conformes aux exigences de sa reproduction²⁰⁸. Il agit de ce fait par sélection des « informations » qui peuvent rentrer dans le cadre de sa cohérence

²⁰² Niklas Luhmann, « Selbstlegitimation des staates », *ARSP*, Bhf, N.15, 1981, p. 60.

²⁰³ Niklas Luhmann, « Clôture et couplage », in André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif (dir.), Niklas *Luhmann, observateur du droit*, *op.cit.*, p. 75.

²⁰⁴ L'*input* étant la catégorie d'informations que reçoit le système de l'extérieur de sa structure propre, et l'*output* étant celles des opérations réalisées par le système en tant que réponses ou plus exactement en tant que réactions à ces dernières.

²⁰⁵ Niklas Luhmann, « Clôture et couplage », *op.cit.*, p. 86.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*, pp. 94, 95.

²⁰⁸ Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », *op.cit.*, p. 63.

interne mais aussi par la stabilisation de cette dernière. Ainsi, « ce n'est que comme système clos autoréférentiel que le système juridique peut développer une adaptation aux intérêts sociaux. En la considérant ainsi, l'évolution (au niveau des organismes comme au niveau des systèmes sociaux) assure la sélection des formes qui donnent la possibilité d'une complexité plus élevée dans la combinaison entre clôture et ouverture »²⁰⁹.

On peut dire que cette assertion représente l'idée fondamentale sur laquelle se basent les critiques qu'adresse A.J Arnaud au modèle systémique de Luhman, tout en y opposant son système animé par la raison juridique. C'est que le système juridique est conçu ici comme un système de normes, du droit. Or, il serait erroné de parler des capacités d'adaptation, d'évolution, et de la dynamique de ce dernier. Il est bien clair que le droit, une fois posé, n'a aucune aptitude de changer tout seul. Ce sont les acteurs juridiques qui mettent en œuvre les moyens qui sont à leur disposition pour réaliser cette dynamique. Dans ce cas, on ne parle plus de système de normes mais plutôt du système des interactions juridiques liées au droit²¹⁰. La théorie de Luhmann tend à ne pas reconnaître ces interactions puisqu'elles ont lieu hors des frontières du système des normes, mais il faut avouer que sans ces éléments, le droit n'aurait aucune vie. S'il n'y a pas de vie ou de souffle, il est clairement vain de parler de reproduction et d'autonomie.

Ceci nous ramène à la deuxième ligne de critique qui se développe autour de la notion de clôture opérationnelle. A.J Arnaud considère que le modèle forgé par Luhmann est clos du point de vue normatif et ouvert cognitivement. L'auteur est conscient qu'il ne peut y avoir de système radicalement réflexif et tout à fait hermétique, c'est bien pour cela qu'il a été amené à corrompre son modèle d'autonomie parfaite. Quoi qu'il en soit, A.J Arnaud lui oppose que ce modèle semble inadapté à la pratique quotidienne du droit puisque le degré, le moment ou la qualité de l'ouverture ne s'expliquent que par un choix, une opportunité de conserver le modèle établi. Mais alors, comment un système normatif est-il en mesure de décider concrètement²¹¹? Question pertinente, surtout quand on sait que la réponse inclut les mêmes éléments que Luhmann tente d'écarter. A.J Arnaud conclut que la théorie de Luhmann ne peut s'appliquer, le cas échéant, qu'aux systèmes simplement juridiques²¹². De ce côté, il est curieux de remarquer qu'A.J Arnaud applique la théorie de Luhmann à un concept qu'il ne

²⁰⁹ Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », *op.cit.*, p. 66.

²¹⁰ André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », in André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif (dir.), *Niklas Luhmann, observateur du droit*, *op.cit.*, pp. 153-154.

²¹¹ André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », *op.cit.*, p. 157.

²¹² *Ibid.*

reconnait pas. Selon lui, soit c'est du droit, soit ça ne l'est pas. Droit et juridique sont donc utilisés comme étant équivalents. Quoi qu'il en soit, et même dans ce cas, la constitution du système Luhmannien reste insuffisante à embrasser la complexité des systèmes juridiques au sens large. Son modèle ne peut rendre compte du pluralisme ou de la polysystémie puisqu'elle les rejette tout simplement²¹³.

La polysystémie simultanée²¹⁴ telle que développée par Arnaud permet de saisir tout ce qui peut faire du droit une entité vivante ; c'est justement tout ce qui pose un défi au droit qui lui insuffle la vie, soit la culture, le conçu juridique et tous les phénomènes, qui de par leur consistance, peuvent aspirer au titre de possible juridique ou encore d'un système juridique vulgaire. Ce dernier représente l'ensemble des pratiques non conformes au droit et qui s'appliquent parallèlement à lui, les acteurs étant convaincus de la légitimité de leurs actions. Il n'est donc pas droit, mais recèle toute ses caractéristiques²¹⁵. Il s'affronte avec le système juridique de droit imposé, de manière à ce que se créent des champs de validité. Ceci n'est pas sans nous rappeler les phénomènes qui ont lieu dans certain pays islamiques, où les individus sont soumis à une double législation, celle imposée par l'Etat et celle, divine, qu'il croient légitimement devoir appliquer. L'interaction entre ces deux systèmes pousse le droit Etatique à s'adapter pour investir les champs de validité du régime qu'il établit. Là aussi se pose le problème du caractère initialement inerte du droit et de sa clôture hermétique. Comment alors se manifeste cette lutte ? Arnaud y répond en créant une brèche qui lie le droit à son environnement et lui donne ainsi un caractère vivant. Cette brèche consiste à ce que le droit est une réponse à un certain nombre d'attentes, par le biais des rôles qu'il établit dans le milieu. S'il n'y a plus de « bijection » entre les rôles et les attentes, c'est à dire que les prescriptions dictées par le droit répondent à des attentes non conformes à celles qui constituent son milieu. Il y a alors dédoublement des systèmes juridiques en place et une dissociation dans le système du droit en vigueur entre le conçu et le vécu juridique. Alors qu'il est formellement légitime et officiel, il se trouve tout de même déprécié. A cet effet, Arnaud définit le champ juridique vulgaire comme étant « celui des transformations pacifiques d'éléments d'un imaginaire en éléments de droit, moyennant une matérialisation qui s'est affirmée parallèle au droit en vigueur, et sa concurrence »²¹⁶. C'est là qu'intervient le paradigme de la raison juridique, puisque la confrontation entre ces deux systèmes est celle de

²¹³ André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », *op.cit.*, p. 157.

²¹⁴ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique : T1*, *op.cit.*, p. 25.

²¹⁵ André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », *op.cit.*, p. 158.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 160.

raisons juridiques différentes et concurrentes. L'étude de la raison juridique permet de comprendre la naissance et le déclin des systèmes juridiques. Mais alors, ainsi conçu, le système juridique ne serait plus un simple équivalent du droit, du système de normes imposées. Le système juridique serait plutôt l'ensemble des interactions entre des éléments qui ont vocation à devenir droit. Ce dernier, se distinguant par le fait qu'à un moment donné et dans un champs juridique précis, il véhicule les valeurs préconisées par son milieu et dispose donc des critères de légitimité, de l'obligatoire et de la force coercitive²¹⁷. Contrairement aux idées de Luhmann, le droit conçu par Arnaud n'est plus un simple sous-système du système social mais un plutôt comme un ensemble systémique qui bénéficie d'une normativité spéciale²¹⁸. Etant donné cette distinction entre droit et juridique, entre normativité simple et normativité spéciale, une problématique importante se trouve résolue selon A.J Arnaud. Les systèmes juridiques simples ne relèvent pas du devoir être, ils ont juste une vocation à le devenir. Ceci, semble-il, est à même de calmer les angoisses des juristes.

Indéniablement, la conception du système telle que forgée par A.J Arnaud aura des conséquences sur la démarche poursuivie dans le cadre de cette étude. Elle permettra de comprendre les réactions des systèmes de droit ayant un référent juridique islamiques à la lumière des pressions exercées par les systèmes juridiques concurrents. L'étude de l'évolution d'un système juridique à partir de ses réactions ne peut en effet, ignorer les pressions et les charges qui ont poussé à un tel sort. De plus, le degré d'ouverture des systèmes juridiques présentés par A.J Arnaud nous permet aussi d'incorporer des facteurs jusqu'ici ignorés par les juristes, mais qui sont pourtant le point de départ de notre réflexion. Comme présenté plus haut, un concept tel que la polysystémie simultanée est apte à rendre compte des soucis culturels et identitaires que le droit peut véhiculer.

De fait, l'analyse systémique suivant ce modèle présente la possibilité de passage d'un système à un autre à partir des brèches d'ouvertures dont ils sont dotés et prévoit le contact et le rapport entre ces systèmes. Et c'est à partir de l'observation de leurs raisons juridiques respectives qu'on peut déceler la nature de ces rapports. Ceci étant ce va et vient entre les systèmes nécessite une posture d'observation spécifique. Etant donné que le plus intéressant dans l'étude des systèmes est l'observation de leur dynamisme et plus généralement des interactions qui ont lieu à cause de leurs mouvements, il semble pertinent de bannir une posture statique qui correspond plutôt à une analyse analytique.

²¹⁷ André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », *op.cit.*, p. 163.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 165.

En effet, l'étude des rapports entre le droit international et l'islam, le droit musulman et plus généralement les systèmes juridiques au référent islamique ont été largement décortiqués par plusieurs études. Ceci laisse croire qu'on est en présence d'un sujet largement visité et dépourvu d'intérêt ou de nouveauté, surtout quand on sait que les études en question sont diverses et tendent à couvrir toutes les formes possibles de rencontre entre les deux disciplines. Cependant, la majorité d'entre elles ont un point commun qui consiste à ériger l'objet d'étude central en « je »²¹⁹. Ainsi, l'approche suivie consiste généralement à partir du point de vue du droit international ou du droit musulman pour juger le degré de compatibilité des principes de l'un avec ceux de l'autre. Le « je » est donc dressé en frontière puisque la recherche est orientée vers la projection d'une perception « personnelle » de l'état des choses, pourvu qu'il y est concordance. De fait, en faisant graviter un élément autour du « je », on se cantonne à l'angle de vue immobile de ce dernier et à son champ de perception fixe ce qui ne peut apporter qu'une vision partielle et tronquée de la réalité. Ainsi, cette méthode qu'on peut décrire par le couple projection/exclusion, est non seulement incapable de couvrir les champs d'investigation intellectuels possibles mais elle est surtout statique. De fait, son application dans le cadre des systèmes juridiques ne peut rendre compte de leur complexité et de leur dynamisme inhérents. Pourtant, cette technique est tellement récidivante en étude du droit international qu'on a fini par l'opposer à ses autres²²⁰. Par ailleurs, les recherches qui émanent de l'espace juridique islamique tendent à ne pas reconnaître la validité d'un sujet que s'il se justifie par rapport à l'arc référentiel islamique²²¹. Il faut avouer que pour des disciplines qui se veulent universelles par essence, s'appuyer sur une approche qui développe un rapport aussi compliqué avec l'altérité et la globalité, est clairement paradoxal. Il ne faut pas, non plus, manquer de remarquer qu'« une pensée mutilante conduit nécessairement à des actions mutilantes »²²². Tels les aveugles qui tentent d'identifier un éléphant, on n'a pas accès à une vision globale des rapports entre les objets de l'étude, mais quiconque en a touché une partie

²¹⁹ Le sens utilisé du "je" est emprunté à la notion avancée par Wittgenstein. Le "je" dans cette acception "n'est ni l'être humain, ni le corps humain, ni l'âme humaine donc s'occupe la psychologie, mais c'est le sujet... qui est frontière - et non partie- du monde." Wittgenstein conclut que le "je" comme sujet implique un positionnement qui se résume à ceci que "Le monde est mon monde". Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1993, p.95.

²²⁰ Voir Anne Orford (dir.), *International law and its others*, New York, Cambridge University Press, 2006.

²²¹ Yadh Ben Achour, *La deuxième fatiha: l'islam et la pensée des droits de l'homme*, Tunis, Cérès Editions, D'Islam & D'Ailleurs, 2011, p. 113.

²²² Edgar Morin, « L'intelligence aveugle », in Edgar Morin (dir.), *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, 2005, p. 23.

y va de sa propre interprétation²²³. L'état d'aveuglement s'affiche alors comme une métaphore de la méthode qui ne permet pas d'embrasser la réalité entière. Une méthode qui limite le chercheur aux éléments qui se trouvent immédiatement à sa portée sans lui permettre d'accéder à une compréhension plus globale. Par conséquent, et au lieu de décrire séparément les objets étudiés pour les confronter ensuite, il vaut mieux se positionner en tant qu'observer les interactions entre ces derniers de l'extérieur. Certainement, comme en physique, le chercheur aura toujours une position qui influe sur ses conclusions. Dans notre cas, on choisit de se concentrer sur les réactions des systèmes à raison juridique islamique lorsqu'ils sont en interaction avec le système juridique international. Mais en observant ces interactions depuis une certaine distance, on ne risque pas d'étudier les systèmes juridiques à raison islamique à la lumière du droit international ou le contraire. Cette posture est sensée réaliser la vision holistique qu'ambitionne toute analyse systémique, puisque cette dernière dépend de l'observation de la structure, des fonctions et des procédés d'action de l'objet étudié²²⁴ et de leur impact lorsque cet objet entame une action pour réaliser ses fins ou rentre en interaction avec son environnement. Rappelons-nous à ce titre la sage parole de Pascal, « je tiens impossible de connaître les parties sans connaître le tout, non plus de connaître le tout sans connaître les parties... ».

A ce niveau, la notion d'interaction se démarque puisqu'elle coupe avec l'approche unidimensionnelle traitée ci-dessus et qui ne conçoit les systèmes que dans leur état de stabilité. Définie dans le langage commun comme la réaction ou l'influence réciproque de deux phénomènes, l'interaction selon Edgar Morin est considérée comme l'ensemble « des actions réciproques modifiant le comportement ou la nature des éléments, corps, objets, phénomènes en présence ou en influence »²²⁵. Il en ressort que l'interaction suppose un contact puis une modification des éléments qui surviennent suite à leurs actions et réactions. De ce fait, l'interaction est une posture de recherche qui appréhende des acteurs au cours du processus de composition et de recomposition. Tout comme l'approche statique, la posture interactionniste porte sur les points de vue des composantes étudiées, mais « plus encore sur les croisements de ces points de vue, qui procèdent de la négociation des significations et des

²²³ « Se positionnant chacun différemment autour de la bête, les aveugles eurent accès à la trompe, aux oreilles ou encore aux pattes de l'animal. Lorsqu'on leur demanda ce qu'il ont reconnu, celui qui avait touché la trompe répondit que c'était un serpent, l'autre dit que ce n'était qu'un grand éventail et le dernier confirma qu'on avait affaire à une colonne. De l'éléphant entier, chacun n'a saisi que ce que son positionnement lui permit d'atteindre ». Voir Molana Jalal Addine Al Roumi, *Masnavi-manavi*, Daftar 3.

²²⁴ Jamishid Gharajedaghi, *Systems Thinking: Managing Chaos and complexity*, Burlington, Morgan Kaufmann Publishers, 3ème ed., 2001, pp. 89- 93.

²²⁵ Edgar Morin, *La méthode, T1 -La nature de la nature*, Paris, Seuil, 1977, p. 51.

normativités »²²⁶. Ainsi en étudiant les évolutions des systèmes juridiques, et dans notre cas ceux au référent islamique, lorsqu'il sont en interaction avec le système juridique international, nous adoptons le point de vue de ces systèmes comme perspective ouverte et non pas comme frontière. Il est clair alors que l'approche des deux composantes en état d'interaction permet de réellement ériger le rapport entre eux comme sujet d'étude et non pas la distance qui les sépare. Aussi, une telle approche s'avère-t-elle être le moyen le plus efficace pour rendre compte de la complexité des réalités auxquelles nous faisons face.

En effet, la complexification de réalités juridiques est aujourd'hui une vérité qui n'a plus besoin d'être démontrée. Il faut cependant savoir distinguer entre ce qui est compliqué et ce qui est complexe. Le premier étant une barrière et second, un projet. Le concept de raison juridique, l'étude systémique qu'il suggère et les retombées méthodologiques de cette dernière s'inscrivent dans le cadre de ce projet ambitieux. A ce titre, l'analyse systémique se veut être un exemple de pensée complexe qui gère des réalités répondant au même critère. Il n'y a rien de plus logique car aux grands maux, il faut bien sortir les grands remèdes, qui sont aussi souvent les plus grands défis.

C'est bien la pensée systémique et donc complexe qui nous permet de dépasser le découloisonner la discipline juridique longtemps isolée de ce qui fait pourtant son essence. Il fallait en effet trouver un méthode d'analyse qui puisse intégrer des éléments étranger à la discipline du droit à proprement parler. Ainsi, c'est le concept de raison juridique, substantiellement complexe, qui nous est paru être le plus qualifié pour opérer ce genre d'analyse. La pensée complexe est la méthode préconisée aux analyses qui se veulent multidimensionnelles et non parcellaires, mais elle ne cesse de rappeler aux chercheurs une limite indépassable, celle de la connaissance absolue et complète. C'est en ce sens que toute recherche qui s'inscrit dans le cadre d'un savoir complexe, et qui cherche donc à atteindre une vision holistique des réalités qu'il approche, est un projet ambitieux qui tente de se surpasser mais est pleinement conscient de ses handicapes de départ. La pensée complexe est ainsi perçu comme un appel à l'humilité et un énième remaniement de la place de l'homme dans l'environnement qui constitue l'objet de ses études. Cependant, elle est aussi la conscience qu'on ne peut isoler cet objet de son contexte, de sa mémoire et de son évolution et qu'il nous faut absolument connaître ces éléments pour connaître le tout.

²²⁶ Joëlle Morissette, Sylvie Guignon, Didier Demazière, « De l'usage des perspectives interactionnistes en recherche », *Recherches qualitatives*, Vol. 30, N. 1, 2011, p. 1. URL : <http://www.recherche-qualitative.qc.ca/Revue.html>

De plus, étant un tissu d'éléments hétérogènes mais inséparables²²⁷, la complexité pose, de par son essence, et permet de résoudre la question de l'*Unitas Multiplex*, ou comment réussir à réaliser l'unité des différents phénomènes qui font notre monde. La complexité reconnaît ainsi que de l'ordre naît le désordre et vice-vers-ça, mais c'est loin d'être un paradigme de l'anarchie et du chaos. En effet, au lieu de substituer l'ordre au désordre, la complexité vise à créer un rapport dialogique entre l'ordre et le désordre et de désigner un principe d'organisation²²⁸.

Notre étude s'inscrit dans le cadre de cette ambition car au lieu de se résoudre à reconnaître, telle une fatalité, l'impossibilité de rapprocher les idéaux du droit international dans les systèmes à raison juridique islamique, elle tente de comprendre la dynamique qui a lieu afin de prédire les réactions et par conséquent prévoir les transformations. Dès lors, le rapprochement n'est plus considéré comme une finalité, mais plutôt comme une possibilité. L'approche est, sans doute, des plus pragmatiques puisqu'elle ne renie pas le réel mais l'assume.

C'est à partir de ce prélude méthodologique que ce profile le concept de raison juridique islamique qui servira à faciliter l'étude de l'évolution des systèmes juridiques consacrant un islam Etatique lorsqu'ils sont en interaction avec le droit international, et ce par une modélisation de leur réaction dans ce contexte.

En parlant de raison juridique islamique, nous invoquons certes concept de raison juridique présenté plus haut, mais il y a aussi le qualificatif islamique qui ajoute une dimension nouvelle et, espérons, novatrice. Elle est nouvelle puisque le modèle du paradigme de la raison juridique est celui des différentes évolutions de la raison juridique occidentale. Il n'a donc jamais étendu son modèle au-delà de son terreau culturel, mais cela ne diminue en rien son apport scientifique. Comme on n'a pas cessé de le mentionner, toute observation recèle indéniablement une part de subjectivité. Ceci étant, le paradigme de raison juridique est tout à fait transposable dans des contextes différents de celui dont il est originalement né, du moment qu'on s'attèle à déterminer les éléments prouvant l'existence de la raison juridique, le cas échéant islamique, dans le système juridique étudié. Par ailleurs, parler de raison juridique islamique est, dans un sens, une nouveauté quand on sait que les développements sur le thème de la raison islamique en général sont pour la plupart monochromes et quasiment répétitifs.

²²⁷ Edgar Morin, « L'intelligence aveugle, *op.cit.*, p. 21.

²²⁸ Edgar Morin, « La pensée complexe, une pensée qui se pense », in Edgar Morin et Jean-Louis Le Moigne (dir.), *L'intelligence de la complexité*, Paris, l'Harmattan, 1999, p. 319.

On peut d'ailleurs dire que la seule œuvre qui eut pour projet d'entamer une critique épistémologique et herméneutique de la raison islamique fut celle de Mohammed Arkoun. C'est aussi chez lui qu'on peut trouver les prémices d'un projet de critique de la raison juridique en islam²²⁹. Certainement la raison juridique comme la perçoit Arkoun n'est aucunement l'équivalent du paradigme développé par A.J Arnaud. Cependant, un rapprochement peut être fait, non seulement sur la base des appellations, car le travail de Arkoun peut baliser le terrain pour l'émergence d'une réelle entreprise de critique de la raison juridique islamique sous sa forme étatique. Dès lors, sa pensée essentiellement philosophique et théologique représente un intérêt juridique certain.

Prenons d'abord le concept de raison islamique tel que présenté par Arkoun puisque c'est à partir de là qu'il arrivé à forger son projet de critique de la raison juridique islamique. Il précise que ce dernier fait l'objet à la fois d'une transcendantalisation et d'une soumission aux déterminisme de la parole divine. Ainsi, la raison islamique est d'abord perçu comme une raison supérieure à toutes celles qui ont éclos hors du système référentiel du Coran et ce pour la bonne raison qu'elle s'est développée sur la base du discours de ce dernier et ensuite celui de la *Sunna*²³⁰. Arkoun invoque que les raisons d'entamer une approche critique de cette pensée doivent se centrer sur « la recherche des conditions sociales de production et de reproduction des raisons pour remédier aux insuffisances et aux dangers de l'histoire linéaire²³¹ » mais aussi le fait que « l'Islam politique actuel se réclame d'un ordre des raisons qui renvoie à la fonction légitimante de la raison islamique classique » et qu'il « importe de s'interroger sur la pertinence... d'une telle prétention »²³². A la lecture de ces raisons, il va sans dire que Arkoun tente s'attaquer aux malaises profonds des sociétés dites Islamiques à partir de la critique de la raison qui en fait l'identité. et c'est justement à partir des raisons qu'il invoque, que nous pouvons déduire que la raison islamique est essentiellement de caractère juridique. D'abord, puisque la production et la reproduction de la raison se fait à partir d'une processus de normalisation des règles qui la pérennisent. Une normalisation qui s'opère par le moyen de la prérogative normative accordé aux diseurs du droit qui font le choix stratégique de protéger la raison qui les amène au pouvoir²³³. Ce qui nous conduit

²²⁹ Mohammed Arkoun, *Humanisme et Islam : Combats et propositions*, Rabat, Editions Marsam, coll. Pensée en Islam, 2008, pp. 131 et suiv.

²³⁰ Mohammed Arkoun, « Le concept de raison Islamique », in CRESM (dir.), *Annuaire de l'Afrique du nord*, Paris, Editions du CNRS, Vol. 18, 1980, pp. 305-306.

²³¹ Mohammed Arkoun, « Le concept de raison Islamique », *op.cit.*, p. 306.

²³² *Ibid.*

²³³ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. T1*, *op.cit.*, p. 359.

naturellement à la deuxième raison qui s'inquiète de la montée d'un Islam politique basant son discours sur la légitimité accordée, ou plutôt confisquée, par la raison islamique classique et qui profite donc du durcissement des caractères de cette raison. Nous avons donc affaire à une raison qui opère une fonction de contrôle social et détermine les fondements de l'autorité mais constitue aussi un discours de légitimation. Même si Arkoun ne le précise pas explicitement à ce niveau, nous sommes indéniablement sur un terrain juridique. Le fait que l'auteur choisisse la science de *oussoul al-fiqh*²³⁴ telle que élaborée dans la *Rissala* (l'épître) de *Chafi'i*, pour en tirer un concept opératoire de la raison islamique classique n'en est que la preuve tranchante²³⁵.

En effet, la *Rissala* s'articule autour de la question des fondements de l'autorité en Islam en déterminant le principe de légitimation qui fait que les règles de droit ne soient pas d'une simple teneur juridique mais aussi religieusement contraignants. A ce titre, le livre propose aussi une méthodologie juridique pour la lecture et la compréhension des textes et l'organisation du pouvoir. En ce sens c'est une œuvre de philosophie de politique et du droit, elle procède à la référence absolue à Dieu en établissant le rapport entre le langage, le droit et le modèle sociétal souhaité. Bien que *Chafi'i* n'entend pas présenter son œuvre de cette manière, ce dernier développe ce qu'on peut qualifier de prémices de la raison juridique islamique puisqu'il détermine à partir de son observation des textes une méthodologie juridique, un cadre linguistique et cognitif qui aborde la question de la légitimation de la norme dans son environnement social pour enfin préciser la dynamique qu'il doit y avoir entre la norme et son milieu²³⁶.

Pour sa part la méthodologie définie une hiérarchie pour la déduction des qualifications légales (*Ahkam Char'iya*) en partant du Coran, source absolue de normes provenant de la volonté divine et la *Sunna* tirée des faits et gestes du prophète et recensée dans les *Hadith*. Enfin, il est possible d'avoir recours aux moyens d'élaboration humaine de la norme qui sont *al-ijma'* signifiant le consensus de la communauté et *al-ijtihad* représentant l'effort intellectuel des plus illustres savants pour interpréter les textes afin d'en déduire les normes qui respectent au mieux la volonté divine. Comme le déduit Arkoun, cette hiérarchisation atteste d'une raison fermée et orientée dans le but de pérenniser l'autorité absolue.

²³⁴ *ilm oussoul al-fiqh* signifie littéralement la science des fondements du droit musulman

²³⁵ Mohammed Arkoun, *op.cit.*, p. 307.

²³⁶ Mohammad Ibn Idriss Al-Chafi'i, *Al-Rissala*, Annoté par Ahmad Mohammad Chaker, Beyrouth, Dar Al-Koutob Al-'Ilmyia, 1939.

Par ailleurs, la méthodologie juridique dépasse les problématiques de la rhétorique et de l'interprétation puisque le juriste, tout comme le théologien, a pour mission de prouver la transcendance et la cohérence du texte révélé. Comme le rappelle très bien Arkoun, la science du droit en Islam repose sur trois piliers : la théologie spéculative, la langue arabe et les qualifications légales²³⁷. Il y a un passage direct de la foi à la raison qui fait que la seconde est soumise à la première de façon à ce que la production normative perde de vue l'objectif de la régulation de l'environnement pour en embrasser celui de maintenir la cohérence de la raison. C'est une manière de réfléchir qui structure l'imaginaire collectif des espaces musulmans aujourd'hui et les dirige automatiquement vers ce but. De cette manière, le raisonnement juridique est bloqué dans le temps de la révélation des textes, et n'a plus pour but de les comprendre mais plutôt de les justifier. « Il ne suffit pas d'imprégner le droit de valeurs éthico- religieuses ; il faut le transcender par des techniques formelles d'inférence des règles juridiques à partir d'un corpus clos d'énoncés divins ou prophétiques »²³⁸. Il est ainsi tout à fait normal que c'est une raison qui n'admet aucune concurrence et qui ne reconnaît la validité d'aucun type de pensée différent et ce palliant même à son propre déficit théorique en étant sa propre justification. C'est pour cela que Arkoun précise que la critique de la raison islamique doit consister en une « ...étude rigoureuse des conditions de validité des systèmes cognitifs produits dans les différents domaines de l'activité de l'esprit » et il ajoute que « définir chaque fois le type d'éthique pratiqué par l'esprit, l'horizon visé par la raison, les procédures de recherche, d'articulation et de communication du sens ; les efforts d'indépendance à l'égard des pressions politiques, économiques et sociales, des contraintes de la langue et de la culture communes, des nécessités naturelles, c'est la fois dépasser l'histoire linéaire et abstraite des idées, situer intellectuellement chaque époque et chaque culture, fortifier la raison dans sa quête d'une lucidité, une exactitude, une efficacité toujours plus effectives »²³⁹.

Il en ressort de tout ceci que le projet de critique de la raison juridique islamique selon Arkoun doit se défoncer les clôtures dogmatiques et les dépasser pour réaliser le passage vers une raison plus raisonnable, désacralisée dans le sens qu'elle ne concède pas aux tabous de la

²³⁷ Mohammed Arkoun, « Le concept de raison Islamique », *op.cit.*, p. 309.

²³⁸ *Ibid.*, p. 313.

²³⁹ Mohammed Arkoun, « Réflexions sur la notion de "raison islamique" », *Archives des sciences sociales des religions*, Vol. 63, N. 1, 1987, p. 127.

communauté des croyants. En ce sens la critique de la raison juridique islamique se veut subversive²⁴⁰.

Il n'en reste pas moins que le paradigme de la raison juridique islamique tel présenté par Arkoun reste très théorique et général, et que l'usage de ce paradigme ne peut nous être bénéfique dans le cadre d'une modélisation que si nous observons ses effets dans les corpus juridiques étatiques, ou au moins au sein des « champs juridiques vulgaires » faisant pression sur le corpus officiel.

Pour cela il faut observer les textes. En commençant par les constitutions²⁴¹, en passant par les travaux préparatoires des textes de lois et en arrivant aux développements doctrinaux/idéologiques sur l'organisation juridique et politique de l'Etat moderne²⁴². On peut dire que les indices fusent sur l'existence d'une raison juridique islamique à l'œuvre dans les corpus normatifs des Etats au référent islamique. Ces indices revêtent une importance capitale, puisqu'ils nous permettent de voir qu'il n'existe pas une raison juridique islamique mais plusieurs, les degrés d'islamisation des textes étant différents d'un Etat à un autre. Tout de même, nous pouvons entamer notre étude à partir du concept général et opérationnel de raison juridique islamique, étant donné que toutes les versions, mêmes les plus différentes partagent la même volonté de coller à un idéal théologique/juridique.

Les contours de notre étude étant définis, il faut commencer par admettre la difficulté inhérente à la mission d'étudier la raison juridique islamique en tant que paradigme scientifique et non en tant que modèle divin et absolu. Cette entreprise, et la tâche de critique qui l'accompagne est réellement subversive comme l'a mentionné Arkoun, puisqu'elle sera nécessairement perçue comme telle. Ceci étant, le but d'une telle entreprise, qui au premier abord est purement théorique, est de soulever le débat public et de provoquer sur le terrain, des actions sociales et politiques.

²⁴⁰ Mohammed Arkoun, *Humanisme et Islam : Combats et propositions*, op.cit., p. 167.

²⁴¹ Constitution de la République Algérienne Démocratique et Populaire du 8 décembre 1996, article 2 : « L'Islam est la religion de l'Etat ». Constitution de la République islamique de Mauritanie du 20 Juillet 1991, Article 1 : « La Mauritanie est une République Islamique », Article 5 « L'Islam est la religion du peuple et de l'Etat », Article 23 « Le Président de la République est le Chef de l'Etat. Il est de religion musulmane. ». Constitution de la République Islamique d'Iran du 24 Octobre 1979, Article 4 : « L'ensemble des Lois et règlements civils, pénaux, financiers, économiques, administratifs, culturels, militaires, politiques et autres doit être basé sur les préceptes islamiques. Ce principe prime sur le caractère général et absolu de tous les principes de la Loi constitutionnelle et des autres Lois et règlements, l'appréciation de cette prescription incombe aux jurisconsultes religieux du Conseil des Gardiens. », etc.

²⁴² Imam Khomeyni, *Le gouvernement Islamique*, Téhéran, Institut pour l'édition et la publication des œuvres de l'Imam Khomeyni, 2009. Mohammad Ali Taskhiri, *Hawla a-dostour Al-Islami fi mawadihi al-'amma (Sur les règles générales de la constitution islamique)*, Téhéran, Fédération de la culture et des relations Islamiques, 1998.

Sur le plan juridique, notre étude cherche à comprendre l'effet que peut avoir l'interaction avec le système juridique international sur cette raison juridique qui n'admet pas la concurrence. Il s'agit donc de savoir comment approcher d'une manière dialogique les évolutions des systèmes juridiques en interaction avec le système international ?

En effet, notre but est d'étudier les transformations qui peuvent avoir lieu lors de ces interactions en modélisant les réactions au droit international. Pour revenir à notre point de départ, il ne faut pas oublier de mentionner encore et encore que tout est mouvement. Nous considérons que chaque réaction est un passage d'un état stable A à un état instable B vers la réalisation d'un nouvel équilibre qui représente une transformation par essence. Il faut savoir que mes interactions avec l'ordre international représentent un schéma complexe qui crée une dialectique des forces au sein d'un système juridique donné. Ce dernier se retrouve dans un état de porosité et de fragilité face aux intrusions simultanées (en amont et en aval) de cette nouvelle raison. Le système juridique et sa raison ordonnatrice sont donc en crise. L'étude des réactions à cette crise en s'appuyant sur une méthode d'analyse basée sur la raison juridique, islamique dans notre cas, nous permet de comprendre les transformations à partir d'une perspective globale qui essaie de prendre en compte le plus d'élément observables possibles.

Et en effet, nous avons observé que les réactions à même de déclencher des transformations des systèmes juridiques sont ceux qui agissent en préservation ou en innovation, pour protéger le système contre sa propre déchéance.

Première partie: la réaction en préservation de la raison juridique islamique face au système juridique international.

Deuxième partie: La réaction en innovation de la raison juridique islamique face au système juridique international.

PREMIERE PARTIE : LA REACTION EN PRESERVATION FACE AU SYSTEME JURIDIQUE INTERNATIONAL

« La perpétuité est dans le vœu des lois ». Portalis

L'analyse de la réaction du système juridique au moment de l'interaction avec des systèmes portant une menace contre sa raison juridique est importante. Elle nous permet de saisir l'évolution complexe qui naît à partir de ces échanges mais aussi d'anticiper leurs résultats et d'évaluer leur capacité transformatrice, étant donné que les normes de droit sont, non seulement, issues du choix d'une raison juridique spécifique, mais qu'ils prennent aussi forme sous l'impulsion du contact avec d'autres systèmes. A cause de l'unicité de la raison juridique, toute interaction avec un élément étranger s'opère en forme d'opposition, un facteur d'instabilité qu'on essaie de repousser en dehors des frontières du système et de la raison qui y règne. Il y a une différence entre les interactions d'un système donné avec les individus puisqu'on doit les étudier en termes d'interactions entre les statuts qui leur sont assignés par le droit en vigueur ou imposé²⁴³. En revanche, les interactions entre systèmes juridiques doivent être étudiés en terme d'hétéroplastie juridique ou de greffe²⁴⁴. Ceci étant, en transposant sur un système juridique des normes de droit appartenant à un autre, on peut rendre compte, tout comme pour les individus, du phénomène de la déviance juridique. Le fait que ce genre de greffes réussisse, ou pas, à produire les effets escomptés dépend largement des réactions du système receveur. Les réactions sont porteuses de sens étant donné que les formes qu'elles prennent reflètent le degré d'équivalence entre les raisons juridiques confrontées, et donc le seuil de tolérance à la déviance juridique.

A.J. Arnaud avance à ce titre un développement très important de la notion de déviance qui permet de comprendre les réactions, et donc les évolutions des systèmes juridiques, qui y font constamment face. Selon ces développements, on note que chaque système juridique crée, pour les besoins de sa propre cohérence et autorégulation des statuts

²⁴³ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. T1, op.cit.*, p. 283.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 364.

dans lesquels il enserme les individus et des institutions qui contrôlent l'activité juridique et qui sont « destinées à assurer le bon déroulement de la relation en cours »²⁴⁵. On attend donc des individus qu'ils jouent des rôles bien définis au sein des statuts qui leur sont assignés et que ces rôles soient uniquement conformes aux institutions concernées. C'est dans ces conditions qu'on peut préserver le cycle des interactions pacifiques au sein du système juridique. Mais du moment que le rôle exécuté ne répond plus à l'attente qui découle de la teneur et du sens de son statut dans le système juridique, et que cette difficulté d'imbriquer le rôle et l'attente dans le moule qui leur est réservé ne puisse être absorbée par une institution du système, nous nous trouvons face au schéma problématique, mais très intéressant, de la déviance juridique²⁴⁶. Problématique, puisque cette rupture entre le vécu et le pensé juridique au sein d'un système est vécue comme une déchirure, tant sur le plan juridique que sur le plan social. Sur le plan juridique, l'absence de « bijection »²⁴⁷ c'est à dire de la parfaite correspondance entre chaque attente et chaque rôle, met en cause l'exécution pacifique des interactions. Sur le plan social, l'instabilité du système sensé assurer la fonction de contrôle ne peut qu'introduire l'idée qu'il n'est plus apte à agir comme tel et pousser à créer plus de comportements déviants. Cette notion est aussi intéressante, puisqu'il est sans doute salutaire d'étudier l'impact sur le court et le long terme de la déviance sur la rationalité juridique du système qui y fait face. En effet, la déviance est perçue comme l'antithèse de la raison juridique²⁴⁸, car en exécutant un rôle qui respecte une norme extérieure au système, on y apporte une nouvelle raison, un nouveau moteur. Non seulement elle met en cause le consensus qui est à l'origine même du système mais aussi sa capacité à absorber toute sorte de dysfonctionnement pour être qualifié de système viable. La déviance est donc un test à l'intérieur du système de sa capacité à réagir face à la menace d'un autre système qui impose des rôles et des institutions différentes de celle du système de référence. Ainsi, « selon l'importance du choc des systèmes repérés, la déviance contribue à faire fonctionner le système et à le faire évoluer »²⁴⁹. Ce concept de déviance n'est pas sans rappeler celui de transgression tel que formulé par Jean Jacques Sueur. Selon lui, « la transgression, comme beaucoup d'autres choses, relève d'une logique du processus et du continu qui elle-même dépend de bien des choses qui n'ont apparemment rien à faire avec le droit tel qu'on se le représente en général : un certain rapport de forces, la culture, la couleur politique du

²⁴⁵ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. T1, op.cit.*, p. 285

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 289.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 297.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 294.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 305.

gouvernement »²⁵⁰. De manière à ce que « tout énoncé, toute interprétation [...] est un peu une transgression, une transgression contrôlée, encadrée par un nombre plus ou moins grand d'autorités »²⁵¹. Dès lors, on pourrait conjuguer les deux concepts pour considérer que du moment qu'une transgression échappe au contrôle, elle commence à répondre à la qualification de déviance. Elle embrasse complètement sa nature subversive.

Ainsi, de la stratégie de la réaction choisie par le système, dépend sa survie. Dans ce sens la réaction primaire et instantanée qu'inspire le conservatisme de tout système est le refus de toute forme de déviance, qu'elle soit introduite par les individus soumis au droit ou par les diseurs du droit eux mêmes, dans le cadre d'une polysystémie simultanée. Cette tendance à la préservation se manifeste donc par le refus des fins du système concurrent, c'est à dire des nouveaux rôles qu'il assigne, mais aussi de ses moyens, qui se présentent sous la forme de nouvelles institutions qui ne collent pas à la logique du système²⁵². Pour réprimer cette déviance, l'instinct de préservation des caractéristiques originaux du système pousse le droit à exercer plus de contrainte. Paradoxalement, il faut noter que quand le système cherche à assurer sa propre survie par l'exercice abusif de la contrainte, il ne fait que prouver qu'il n'est plus apte à assumer les fonctions pour lesquels il a été conçu.

Par contrainte, on ne veut pas seulement interroger la question de la contrainte juridique par l'usage de la force (Chapitre I), mais aussi la contrainte idéologique (Chapitre II). En effet, il s'est avérée à maintes reprises, que cette dernière était beaucoup plus efficace pour asseoir la rationalité juridique que le renforcement des statuts qui en découlent.

²⁵⁰ Jean Jacques Sueur, « Avant Propos », in Pascal Richard et Jean-Jacques Sueur (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. X.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. T1, op.cit.*, p. 308.

CHAPITRE I : LA PRESERVATION DE LA RAISON

JURIDIQUE PAR LA CONTRAINTE IDEOLOGIQUE

On peut pousser la réflexion jusqu'au point où on admet qu'il existe du contenu juridique qui n'est pas du droit, et titiller ainsi l'orgueil des juristes et aller jusqu'à remettre en cause la formation scientifique qui est la notre. Mais on ne peut certainement pas pousser les limites de l'inconcevable jusqu'à reconnaître que l'idéologie est capable de retranscrire la globalité du droit. Ceci est loin d'être l'objet de ce chapitre. L'idée est en effet autre puisqu'il s'agit de relever la dimension idéologique des normes et de voir comment l'idéologie se rattache au droit en maintenant la croyance qu'elle est liée à lui. Cette croyance est aussi indispensable au droit puisqu'il ne s'agit pas seulement pour ce dernier d'assurer la reproduction inconsciente des rôles qu'il impose mais qu'il lui faut instaurer la profonde conviction chez ses destinataires de l'importance et de l'obligation de suivre ses dispositions. Ainsi la dimension idéologique du droit s'avère cruciale pour sa perpétuation et de sa régulation dans les moments de crise. Dès lors, le droit puise dans son potentiel idéologique dès qu'il se retrouve concurrencé dans son essence même, sa raison.

Cette dimension idéologique découle très naturellement du caractère discursif du droit. On peut définir le discours juridique comme « le lieu où se manifeste et se transforme, sur un support linguistique, un univers chargé de sens »²⁵³. En ce sens, et en tant que canal de communication sociale, les normes d'un système donné représentent un choix qui tente de gérer au mieux la dynamique qui s'y installe et de répondre à l'imaginaire collectif qui s'en dégage. Les textes juridiques, leurs interprétations, leur mise en œuvre par les jugements et les différentes stratégies juridiques ne sont en effet qu'un discours permettant d'asseoir des statuts et des institutions qui répondent aux attentes d'un groupe qui se constitue en communauté. Le discours juridique est dès lors la manifestation de la raison qui anime le système, il est porteur du message que ce dernier tente d'entériner. Une tentative de simplification nous mènerait à dire que la concurrence des raisons juridiques se manifeste par une concurrence des discours, des productions antithétiques concernant l'imaginaire social qui sont modifiés au fur et à mesure des transformations subies. Si la raison juridique est la structure essentielle du système, le discours en est la finition. Et c'est en cette qualité, que le

²⁵³ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. T1, op.cit.*, p. 390.

discours juridique se doit de « vendre » le système. C'est à ce stade qu'intervient la charge idéologique du discours dont l'étude permet de mesurer l'écart avec les discours juridiques qui concurrencent le système de droit posé. C'est un écart qui doit être étudié en termes de conformité ou de non conformité aux attentes qui sont formés selon un certain imaginaire et une conscience spécifique du droit.

Si nous voulions apporter une définition à l'idéologie, la plus classique serait celle qui la considérerait comme « la production des idées, des représentations et de la conscience..., la production intellectuelle telle qu'elle se présente dans la langue et la politique, celle des lois de la morale, de la religion, de la métaphysique, etc. de tout un peuple »²⁵⁴. Il en ressort que l'idéologie est un ensemble d'idées fausses, d'idéalisations dont le seul but est l'aliénation. Sans rentrer dans des développements sur la logique des classes et les tenants de l'idéologie, il ne faut pas nier que malgré sa qualification de vision erronée, l'idéologie reste constitutive du lien social²⁵⁵ puisque l'« imaginaire social, à fonction pratico-social réelle, n'est nullement réductible à la problématique de l'aliénation, à celle de la fausse conscience »²⁵⁶. L'idéologie aurait un pouvoir médiateur et d'intégration sociale²⁵⁷ au sein du récit collectif du groupe pour qu'il puisse perpétuer un certain projet prélevé dans un passé mythique de réussite et de cohésion²⁵⁸.

Pour revenir au droit, y croire et avoir une conscience positive de son contenu revient à croire que le processus culturel et légal qui l'ont engendré sont valables et d'admettre le type de société et des interactions qu'il prévoit. L'idéologie est le meilleur moyen pour faire croire qu'une vision du monde est obligatoire et l'unique possibilité valable parmi les choix qui s'offrent aux membres du groupe. Dans ce sens, l'idéologie juridique serait « l'argumentation erronée portant sur la validité d'un lien verbal existant entre l'ensemble des images collectives formées à partir d'une expérience juridique, et celui des attitudes, d'où naîtra, pour chaque individu, un choix précis parmi les divers types de comportements susceptibles d'être adoptés à titre normatif dans l'exécution d'un rôle en fonction d'attentes. »²⁵⁹. Dans les moments de crise de la raison juridique, l'idéologie revêt toute sa

²⁵⁴ Karl Marx et Friedrich Engels, *L'idéologie allemande*, Paris, 1972, p.50.

²⁵⁵ Jacques Lenoble et François Ost, *Droit, Mythe et Raison : Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridiques*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p.289.

²⁵⁶ Nicos Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales*, T. II, Paris, 1972, p.27.

²⁵⁷ Jacques Lenoble et François Ost, *Droit, Mythe et Raison : Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridiques*, op.cit., p. 290.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. T1*, op.cit., p. 403.

forme coercitive pour opérer une sorte de « monopole de l'imaginaire »²⁶⁰ ou d' « obturation du possible »²⁶¹ en déterminant le seul champ du valable et du possible. De ce fait, ce serait une aberration de réduire le droit à l'idéologie mais, il faut aussi avouer qu'ils sont liés pour assurer la reproduction des schémas d'interaction prévus par la raison juridique menacée en tant que structure. Cette contrainte exercée par l'idéologie s'apparente ainsi à « une tentative de pratique d'un certain exorcisme par les mots »²⁶². Dès lors c'est l'idéologie qui permet d'ajuster la vision du droit et de la plaquer dans les consciences de ses destinataires sur celle du juste, du beau, du divin, etc. (Section I), et de renforcer l'idée que ce droit est obligatoire parce qu'il est, et ses dépositaires, les seuls légitimes (Section II).

²⁶⁰ Maurice Godelier, « Pouvoir et langage. Réflexions sur les paradigmes et les paradoxes de la « légitimité » des rapports de la domination et d'oppression », *Communications*, Vol. 28, N. 1, 1978, p. 26.

²⁶¹ Paul Ricœur, « Science et idéologie », *Revue philosophique de Louvain*, T. 72, N. 14, 1974, p. 334.

²⁶² André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. T1, op.cit.*, p. 404.

SECTION I : L'IDEOLOGIE JURIDIQUE DES VALEURS :

CONDITIONS POUR UN DROIT JUSTE

La contrainte des valeurs consiste à faire croire que les valeurs et les constructions morales sont liées au droit au sens strict. C'est-à-dire que le droit applicable est l'unique corpus institutionnel capable de transcrire une certaine version des valeurs réalisant la meilleure société possible. Seulement, ces valeurs ne sont pas traitées en tant qu'une version possible parmi un éventail de choix, mais sont sanctifiées et élevées à un statut d'unicité conforme à leur origine divine dans le cas de la raison juridique islamique. Cependant, s'il est clair que le droit peut coïncider avec une idée de la justice et de la moral, il ne peut pas en être systématiquement l'incarnation et c'est là l'importance de l'idéologie des valeurs qui participe à entériner cette idée en puisant dans le passé, l'énergie qui rend le système juridique capable d'accomplir ses projets futurs. L'idéologie des valeurs permet dès lors de vêtir le projet à la base du droit posé d'une aura tirée de l'imaginaire collectif en assurant sa légitimité et son acceptation par ses destinataires et donc son effectivité pour éviter les déviations. De cette façon, l'idéologie des valeurs permet de contrecarrer l'action d'une raison vraisemblablement plus efficace.

Concernant la raison juridique islamique, on peut relever deux volets essentiels autour desquels orbite l'idéologie des valeurs. Le premier étant celui qui s'attache à prouver la nature divine du droit (Paragraphe 1) et donc son caractère supérieur et surtout offrant la seule conception possible de la justice. Ensuite, le deuxième volet se rapporte à l'idée de l'universalité de la norme de droit islamique qui n'admet dans ce sens aucune concurrence de sa structure (Paragraphe 2). Les deux volets sont clairement liés puisque l'un est le résultat direct de l'autre et qu'ils concourent à assurer la légitimité sans failles de l'application de la norme de droit, quel que soit le contenu qu'elle impose en termes de normativité et le message qu'elle véhicule en termes de discours.

PARAGRAPHE 1 : ET SI LA NORME ETAIT DANS LA CHOSE ?

La théorie fort connue de David Hume se résume comme suit : on ne peut dériver un devoir être (ought) d'un être (is)²⁶³. C'est-à-dire qu'on ne peut logiquement engendrer des règles de morale ou de droit à partir des faits qui ne sont que l'expression de l'expérience

²⁶³ Charles Pigden, « Hume on *is* and *ought* », *Philosophy Now*, N. 83, Mars/Avril 2011, URL: http://philosophynow.org/issues/83/Hume_on_Is_and_Ought

subjective et biaisée. Cette théorie de Hume est considérée comme une réponse aux jus-naturalistes qui étaient accusés de propager des positions idéologiques sous le couvert de prises de position philosophiques. Elle est devenue la marque même du courant positiviste de Kelsen et de ceux qui l'ont suivi.

Dans un contexte tout à fait différent, les réflexions qui portent sur le devoir être en Islam, et qui ont fini par modeler la raison juridique qui en découle, adoptent un modèle de pensée différent. On pourrait en effet, avancer que le devoir être découle de l'être, et donc conclure que la norme est dans la chose. Le point de départ de cette réflexion repose sur la définition de l'être. Cette définition nécessite un postulat qui consiste à affirmer que toutes les choses descendent d'une source commune, peu importe si c'est par un mécanisme de cause à effet ou un produit contrôlé de la volonté, à cette étape seule cette source nous intéresse. La pensée islamique a défini l'être source/ absolu comme étant le divin créateur qui « lorsqu'il a décrété une chose, il lui dit « sois ! » et elle est ».²⁶⁴ Ces choses, faits, êtres, décrétés par le divin sont vêtus de sa raison, de ses attributs. Il est juste, bienveillant, miséricordieux, les faits découlant de sa volonté le sont par association. On pourrait donc présumer qu'ils propagent une moralité, une légalité qui leur sont inhérente, de façon à ce que la norme soit dans la chose. On peut même aller plus loin en considérant que la norme, dans ce cas, serait la chose, et vice-vers-ça étant donné que les attributs (dont la parole) sont réputés incréés. Ainsi, on ne se place pas dans la perspective de Hume ou on pouvait présumer que « la raison guiderait la décision pour édicter des normes au fil des faits ».²⁶⁵ Ici, la norme est de l'essence de cet être que constitue la parole divine et il n'y a aucune cause qui justifie l'invocation d'une volonté ou d'une raison, autre que celle édictée par Dieu, pour en déduire la meilleure légalité possible, puisqu'elle l'est.

De cette conception de la règle de droit qui devient automatiquement de par sa source, un instrument de foi, découle son caractère immuable et la croyance qu'il incarne, au sens le plus stricte, le vœux de la moralité divine. Il convient de scruter les attributs d'un tel droit, l'idéologie des valeurs qui en découle et son impact sur l'évolution de la raison juridique islamique (A), avant de relever les niveaux d'incompatibilité avec le discours du droit international, ce qui permettra de mesurer l'écart des raisons (B).

²⁶⁴ *Coran*, Sourate 3: 47, Tr. fr. Denise Masson, Revue par Sobhi El-Saleh, Beyrouth, Dar Al Kitab Allubnani, Paris, Gallimard, 1980, p. 71.

²⁶⁵ Serge Diebolt, *Le droit en mouvement*, op.cit., p. 125.

A. Le droit révélé et la raison juridique islamique

Pierre Rondot avait écrit que « la révélation islamique, le coran et ses compléments, est totale. Elle pose les premières règles non seulement de la foi et du culte, mais du comportement social, du droit privé et public, de la structure politique »²⁶⁶. Ces paroles sont en effet d'une grande justesse puisque le domaine juridique est marqué par la prépondérance de l'assise religieuse. Le droit n'a pas donc pour motivation la simple idée de la régulation sociale, mais plutôt la reproduction en société du modèle indiqué par les préceptes religieux et surtout de la forme de moralité qu'ils prescrivent. Les enjeux sont donc beaucoup plus importants puisque le droit devient une branche de la pratique religieuse. Pour résumer, « le droit est religion appliquée, la religion est règle de droit »²⁶⁷. Ainsi, ni la formule Hobbesienne *auctoritas, non veritas, facit legem* (c'est l'autorité et non la vérité qui fait la loi), ni son contraire *veritas, non auctoritas, facit legem* ne sont vérifiables puisque l'autorité et la vérité s'imbriquent dans un moule religieux qui ne laisse rien échapper pour que la religion et le droit soient « comme les deux faces convexes et concaves d'une même articulation »²⁶⁸.

Ainsi, ayant pour source et fondement le texte révélée, la parole incontestée de Dieu, le droit musulman s'est garanti un statut particulier, ce qui a conduit à l'émergence d'un dogme juridique à part basé sur cette conception du système juridique (1). Cette idée du droit a pu survivre dans les systèmes juridiques de droit posé, mais aussi sous d'autres formes. Elle constitue aujourd'hui une raison juridique en mutation face à la crise qu'elle connaît (2).

1. Un droit au statut particulier

Si l'on cherchait dans la doctrine juridique, on ne trouverait à aucun moment un terme qui puisse désigner l'idée d'un droit isolé de la religion. Cette remarque est à même capable de montrer qu'on fait face à une structure tout à fait différente des constructions juridiques modernes.

²⁶⁶ Pierre Rondot, « La laïcité en pays musulmans », in Louis Trotabas (dir.), *La laïcité*, Université d'Aix Marseille, Faculté de droit et des sciences économiques, Centre des sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, PUF, 1960, p. 115.

²⁶⁷ Yadh Ben achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Tunis, Imprimerie officielle de la république Tunisienne, 1980, p. 75.

²⁶⁸ Louis Milliot, « L'idée de la loi dans l'Islam », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 4, N. 4, Octobre-Décembre 1952, p. 672.

Par charia, terme généralement utilisé pour parler de droit, on entend littéralement le droit chemin, comme il a été mentionné dans le coran²⁶⁹. Par ailleurs, les jurisconsultes musulmans se rejoignent sur la définition de la charia comme étant « l'ensemble des règles décrétées par Dieu dans le livre ou dans la tradition de son prophète Mohamed, pour être suivies par tous les Hommes »²⁷⁰ ou dans d'une manière plus détaillée comme « l'ensemble des normes établies par Dieu ou dont les fondements ont été établies par Dieu afin de gérer la vie de l'Homme dans ses rapports avec son Dieu, son frère musulman, son frère l'Homme, l'univers et la vie »²⁷¹. Cette deuxième définition démontre clairement l'aspect généraliste de la charia et sa vocation à orienter tous les faits de l'Homme tant dans son rapport vertical au divin que dans son rapport horizontal aux autres musulmans, aux Hommes en général ou à la chose publique. Elle nous renverrait même à l'existence d'une « Gründnorm » islamique qui procéderait du cadre référentiel divin. Elle englobe dans ce sens la foi, les mœurs, et les règles pratiques (*ahkam a'maleya*) qui portent sur ce qui est permis et ce qui est banni et les implications des actes²⁷². Le droit est la résultante naturelle de l'ordre instauré par Dieu qui n'est ni arbitraire ni le fruit du hasard. La norme qui suit cet ordre l'explique mais a aussi pour but de le préserver et de le perpétuer. Par ailleurs, la vie du croyant est une sorte de marche encadrée par ces normes tirées de la nature de l'ordre (ou incarnant l'ordre lui même) pour atteindre le salut final, qui est le but de l'ordre instauré et donc de ses normes. Ainsi, selon Chatibi, « il a été prouvé que le législateur a voulu par sa législation consacrer les intérêts de la vie terrestre et de la vie dernière, d'une manière à ce que l'ordre ne soit jamais déstabilisé ni en tout, ni en partie »²⁷³. Cette perception ne manque pas d'influencer le droit et de lui donner une forme spéciale, celle de fardeau religieux qui assure la préservation de la justice (*a'dl*) et de la raison (*akl*) sur terre et du salut dernier au ciel.

Ainsi la science des fondements de la religion (*i'lm oussoul al fikh*) qui constitue une science juridique très spéciale, devient un volet de la pratique religieuse. Le *fikh* étant défini comme étant « la connaissance des règles juridiques pratiques »²⁷⁴ que Abu Hanifa définissait

²⁶⁹ « Nous t'avons ensuite placé sur une voie procédant de l'ordre. Suis- là donc et ne suis pas les passions de ceux qui ne savent pas ». *Coran*, Sourate 45 : 18, *op.cit.*, p. 663.

²⁷⁰ Nasr Farid Mohamed Wassel, *Al madkhal al wassit lidirassat a charia' al islameya wal fiqh wa tachri'* (introduction à l'étude du droit musulman, de la science du droit et de la législation), Le Caire, Attawfikeya, 2^eéd, 1996, p. 15.

²⁷¹ L'imam Mohamed Chaltout, , *Al Islam : Akida wa charia' (L'islam : dogme et législation)*, *op.cit.*, p.10.

²⁷² Nasr Farid Mohamed Wassel, *Al madkhal al wassit lidirassat a charia' al islameya wal fiqh wa tachri'* (introduction à l'étude du droit musulman, de la science du droit et de la législation), *op.cit.*, p. 16.

²⁷³ Abu Ishak Chatibi, *Al Mouwafaqat*, Vol 2, T1, Arabie Saoudite, Dar Ibn Affan, 1997, p. 62.

²⁷⁴ Ibid., p. 20.

comme étant «la connaissance que l'Homme a de ce qui est pour lui et de ce qui est contre lui ». Ces considérations ont plusieurs implications.

La première implication est que l'homme destinataire de la loi est détenteur de droits (*houqouq*) et doit surtout s'acquitter d'obligations. Tant l'islam est dirigé vers une perspective qui met les devoirs, et non les droits, au centre de la réflexion juridique. Les devoirs ainsi que leurs sanctions (*houdoud*) sont tournés vers la personne elle-même et ciblent son corps en premier lieu. Des ablutions à la prière jusqu'au châtiments, tout est fait pour rappeler à l'homme la présence et la force divine et tout est classé dans des catégories juridiques. Selon Chatibi, ceci résulte directement du fait que « la vie terrestre est instituée pour la vie dernière »²⁷⁵. En effet, il affirme que « la loi est venue est venu éloigner ceux qu'elle oblige des appels de leurs passions pour qu'ils soient des adorateurs (esclaves) de Dieu »²⁷⁶ et se base sur le texte qui prévoit que « Si la vérité était conforme à leurs passions, les cieux, la terre et ce qui s'y trouve seraient certainement corrompus »²⁷⁷. Ainsi, la loi vise à préserver un lien de prosternation face au divin.

La deuxième implication est la centralité de la figure humaine dans ses pratiques terrestres, suivant la parole du texte « je vais établir un lieutenant sur terre »²⁷⁸ ou encore « c'est lui qui a fait de vous ses lieutenant sur la terre »²⁷⁹. Ainsi, en sa qualité de lieutenant et de représentant du divin sur terre, l'homme bénéficie d'une législation qui veille au mieux de ses intérêts. Cette législation détermine ce qui est licite (*moubah/ halal*), illicite (*mahdhour/ haram*), obligatoire (*wajib/ fardh*), recommandé (*mandoub/ mostahab*) ou encore réprouvé ou répréhensible (*makrouh*). Selon Mohamed Attahir Ibn Achour « le but général de la loi est la préservation de l'ordre de la communauté, et de maintenir sa bonne marche par la voie de celui qui la détient, le genre humain. » Il ajoute que « la législation veille sur le maintien de la raison, des actes et des biens »²⁸⁰, ce qui représente une avancée considérable par rapport à Chatibi. En effet, ce dernier faisait monter le nombre des éléments que la législation avait à protéger à cinq : La religion, la vie, la progéniture, les biens et la raison²⁸¹. Ainsi Ibn Achour

²⁷⁵ Abu Ishak Chatibi, *Al Mouwafaqat*, op.cit., p. 63.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Coran*, Sourate 23:71, op.cit., p. 453.

²⁷⁸ *Ibid.*, Sourate 2 : 30, p. 8.

²⁷⁹ *Ibid.*, Sourate 6 : 165, p. 193.

²⁸⁰ Mohamed Attahir Ibn Achour, *Maqacid Achria al-Islameya (les buts de la législation Islamique)*, Le caire, Dar Al-Kitab Al-Masri, 2011, p. 103.

²⁸¹ Abu Ishak Chatibi, *Al Mouwafaqat*, op.cit., p. 20.

limitait par cette qualification l'étendu de la législation islamique aux affaires proprement temporelles et mis le spirituel à côté.

La troisième implication est que les règles de la charia conformes à la nature (*fitra*) sont productrices d'ordre (*nidham*). En effet, on essaie de déduire les principes de l'ordre à partir des normes de la nature dans le sens que cette dernière soit l'origine (*asl*) tandis que toutes les déductions logiques qui en découlent en sont les ramifications (*fourou'*)²⁸². Ainsi, on obtient non seulement un ordre juridique mais aussi un ordre social qui détermine aussi bien les statuts que les valeurs dans la sphère privé (hommes et femmes) et publique (gouvernants et gouvernés)²⁸³. Dès lors, se vérifie l'idée que « charia et *fikh*, l'un complétant l'autre explicitent, en réalité, un type d'ordre social qui s'étend bien au delà du domaine du droit. Le livre et la tradition, complétés par l'effort doctrinal et l'assentiment communautaire ou *ijma'*, forment un grand tout, à la fois religieux, éthique et juridique »²⁸⁴.

a. Raison et Révélation

La remarque sur la déduction logique des *fourou'* à partir des *oussoul* n'est pas anodine puisqu'elle renferme un grand débat sur la méthode de l'élaboration de la règle juridique. Ce débat est celui qui cherche à déterminer la place de la raison et de la révélation dans la théorie du droit musulman. Il aura un effet ultérieurement sur la formation de la raison juridique dominante, sur l'idéologie des valeurs qui la légitime et même sur la théorie du pouvoir à laquelle on reviendra plus loin. Ainsi, la détermination de la valeur accordée à la révélation est cruciale puisque cette place a participé à créer un modèle de pensée qui ne connaisse point de limites disciplinaires. Plus encore, en raison de la place centrale qu'il tient dans la formation de l'ordre sociale souhaité, le droit a été le plus influencé par ce modèle de pensée. Dès lors, à vu le jour la dogmatique juridique islamique traditionnelle et surtout dominante, qui fait prévaloir la révélation à la raison, quant aux sources et fondements du droit, et développe une méthodologie de l'élaboration de la règle juridique sur cette base. La validité des méthodes suivies dépend essentiellement de la réponse à la première question.

En effet, le débat est assez vieux et épineux puisqu'il revient, encore aujourd'hui, à l'ordre du jour et qu'il suscite toujours autant de véhémence de part et d'autre. Ce débat d'une

²⁸² Mohamed Attahir Ibn Achour, *Maqacid Acharia*, op.cit., p. 96.

²⁸³ Mohamed Attahir Ibn Achour, *Oussoul annidham al-ijtimai' fil Islam (les principes de l'ordre social en Islam)*, Tunis, Société Nationale de Distribution, 1985.

²⁸⁴ Louis Milliot, « L'idée de la loi dans l'Islam », op.cit., p. 671.

portée théologique et juridique a essentiellement opposé l'un à l'autre des points de vue des mu'tazilites et des sunnites orthodoxes.

Les mu'tazilites sont considérés en occident comme étant rationalistes et se rapprochant dans leurs idées de la philosophie des lumières²⁸⁵. Pour eux, comme pour Montesquieu, Dieu opérait selon des lois rationnelles²⁸⁶. Il ne peut dans ce sens permettre la corruption des preuves évidentes des règles de la nature et de l'univers en agissant contre eux (*Istifsad al-adilla*). Tout ne serait dans ce cas qu'aberration et injustice, or Dieu en créant l'univers avait un but²⁸⁷. Pour ce faire, il ne peut agir sans être lui même raison et sagesse²⁸⁸, et il ne peut non plus décevoir ses créatures chargées de poursuivre ce but en créant un univers irrationnel²⁸⁹. Aussi, affirment-ils que l'homme est capable de libre arbitre et que ces choix sont guidés par sa propre raison, ce qui explique la responsabilité pour les actes.

Ainsi, le point de départ pour les mu'tazilites dans la compréhension du vœux divin est la raison et non pas la révélation elle-même. Ceci représente le point de divergence essentielle avec les traditionnalistes (surtout le courant ash'ari) pour qui la raison est reléguée à un niveau inférieur. Ils considèrent, en effet, que la révélation doit primer dans la recherche des normes puisqu'elle est le fruit de la volonté absolue de Dieu. En ce sens, ils se partagent sur la question de savoir si la révélation est la vérité parce que Dieu l'a créée ou s'il l'a créée parce que la vérité y est inhérente²⁹⁰. Les répercussions de la réponse sont importantes puisque dans le premier cas, il faudra toujours revenir à la révélation pour y chercher la vérité. Dans le second, la connaissance des lois de la nature ne dépendent point de la révélation mais sont connaissables par le biais de la raison universelle. La révélation ayant ainsi pour but la confirmation des jugements de la raison²⁹¹. Averroès ira plus loin en contredisant la conception courante de la loi qui veut que le bien soit ce qui est permis par Dieu et le mal ce qui est interdit. Il révolutionnera la science juridique islamique en affirmant que le bien est ce qui est dicté par la raison et conforme à l'intérêt général²⁹². Cette perspective tient elle même de la subversion pour les traditionnalistes pour qui la raison n'est en aucun cas fondatrice de

²⁸⁵ Richard C. Martin, Mark R. Woodward, Dwi S. Atmaja, *Defenders of reason in Islam: Mu'tazilism from medieval school to modern symbol*, Oxford, Oneworld Publications, 1997, p. 11.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ « Pensiez vous que nous vous ayons créés sans but...? ». *Coran*, Sourate 23:115, op.cit., p. 457.

²⁸⁸ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, Tunis, Cérès Editions, 2009, p. 199.

²⁸⁹ Richard C. Martin, Mark R. Woodward et Dwi S. Atmaja, *Defenders of reason in Islam: Mu'tazilism from medieval school to modern symbol*, op.cit., p. 11.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 16.

²⁹¹ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., p. 202.

²⁹² Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau*, op.cit., p. 73.

la législation mais instrumentale²⁹³. Dans ce sens Gardet écrit que « la raison, découvrant sa puissance, se jeta sur les problèmes religieux avec audace, voire avec témérité, au grand scandale des conservateurs tout attachés à lettre d Coran et de la Sunna, méfiants à l'extrême à l'égard de toute innovation »²⁹⁴. Cet élan a pour le moins dire été réprimé puisque la raison a vu son rôle confiné dans la compréhension du sens de la législation comme présentée dans la révélation par l'effort intellectuel (*ijtihad*), sans jamais devenir indépendante du support textuel²⁹⁵. « La raison méthodologique, écrit Ben Achour, est acceptée, la raison qui déborde sur l'essence du droit est rejetée »²⁹⁶.

Il faut dire que la tâche des traditionnalistes n'était pas difficile, en raison de la nature même du droit qui prête son caractère immuable à des conceptions rigides. Aussi, la base du *fikh* étant la foi, l'évolution du droit dans la voie du sacré n'est nullement surprenante. Les théologiens-juristes n'ont pas manqué de renforcer le statut déjà infallible du texte fondant le droit en créant à partir de la conviction une réalité objective et objectivante, qui se transforme finalement en une forme de raison. Ainsi, le meilleur argument qui a permis de prouver la supériorité du texte est de démontrer la sacralité de tous ses attributs. La sacralité du sens est assez évidente en ce qu'il est la parole de Dieu, créée selon certaines écoles juridiques, relevant de l'essence divine même et concomitante à son existence, son absolutisme se dilue dans l'absolue de l'être Dieu. Il reste alors de prouver la sacralité de la lettre qui finit par sceller le statut transcendant du livre. Dès lors, il faut non seulement comprendre correctement le texte, mais savoir aussi le lire²⁹⁷. Chafi'i écrit dans ce sens que « un des points de la connaissance totale du livre est de savoir qu'il a été entièrement révélé en langue arabe »²⁹⁸. Dès lors est institué « un lien linguistique irréductible à tout autre entre la vérité transcendante révélée par Dieu (*al-haqq*), les vérités-droits (*houqouq*) et les expressions qu'elles ont reçues, en arabe, dans le coran »²⁹⁹.

²⁹³ Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau*, op.cit., p. 203.

²⁹⁴ Louis Gardet, *Introduction à la théologie musulmane*, Paris, Vrin, 1948, p. 45.

²⁹⁵ Cette position est en conformité avec le célèbre hadith racontant que le prophète, avant d'envoyer *Mu'adh Ibn Jabal* pour gouverner au Yémen lui posa la question : « - Par quoi jugeras-tu ? - Par le livre de Dieu - Et si tu ne trouves pas ? - Par la Sunna de son prophète - Et si tu ne trouves pas ? - Je jugerai de mon effort, sans déni de justice ». Cette tradition entérine une conception hiérarchique des normes reléguant la vérité rationnelle au dernier recours, tout en se rattachant toujours au à la vérité révélée qui renferme, en l'absence de norme, le sens de la justice.

²⁹⁶ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., p. 204.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 189. Voir aussi, Mohammed Arkoun, « Le concept de raison Islamique », op.cit., p. 311.

²⁹⁸ Chafi'i, *Al-rissala*, op.cit., p. 40.

²⁹⁹ Mohammed Arkoun, « Le concept de raison Islamique », op.cit., p. 312.

Rien n'échappe donc au contrôle de la conviction qui guide la raison. La systématisation finit par couper la pensée juridique de tout contexte historique. Elle existe en dehors du temps et de l'espace et est au même temps valable pour tout temps et espace. Elle incarne la vérité absolue, la seule idée de justice valable, l'unique message de valeurs indétronables.

Cette raison méthodologique sus-indiquée opère selon une structure que l'on renvoie communément le mérite à Chaf'i qui l'aurait développé dans la *rissala*³⁰⁰. Premièrement, l'origine textuelle de la loi suppose que l'on mène des investigations linguistiques qui sont la base même de l'interprétation. Une typologie et une science du langage aussi sacrée que le texte qu'elles sont supposées décortiquer ont vu le jour. Ensuite, s'est développée une méthodologie qui cherche à déterminer la valeur épistémologique d'un texte en se référant aux défauts ou à l'authenticité de sa transmission (*naql*) mais aussi à la qualité linguistique du support. La question des textes conflictuels a été résolue par Chaf'i grâce à la théorie épineuse de l'abrogation. Ce n'est qu'après avoir épuisé toutes les étapes linguistiques que le juriste peut atteindre l'étape de l'interprétation et de la décision. Mais encore, avant d'émettre une qualification ou décision juridique, le juriste doit avoir montré qu'il est conscient de la loi sur laquelle il existe un consensus (*ijma'*) et qu'il est donc conscient des conditions qui l'ont rendu valide et obligatoire³⁰¹. Ce n'est qu'après avoir épuisé ces étapes que le juriste est capable d'engager son propre raisonnement et ses faculté intellectuelle.

Dans ce sens, Chaf'i écrit qu' « il n'est pas loisible au dirigeant d'accepter, ni au gouverneur de tolérer que quelqu'un [donne une appréciation personnelle] ; pas plus que le jurisconsulte ne doit délivrer un avis à qui que ce soit ; à moins qu'il soit unanimement reconnu en possession de la science du Livre, de la science de son abrogeant et son abrogé, de ses énoncés portant sur les cas généraux, de ses énoncés visant les cas particuliers, de ses règles de bonne conduite (*adab*) : en possession de la science des traditions de l'Envoyé de Dieu et des positions des détenteurs du 'ilm, anciens et modernes ; de la science de la langue arabe ; en possession de la raison, capable de discerner les textes ambigus et de manier correctement l'analogie (*al-qiyas*). S'il lui manque une seule de ces qualités, il ne lui est pas permis de pratiquer l'analogie ; de même s'il possède la science des données de base (*uṣūl*), mais ignore la technique de l'analogie qui est un procédé dérivé (*far'*), il n'est pas permis de

³⁰⁰ Wael Hallaq considère que ce sont les disciples de Chaf'i qui ont développé cette science *a posteriori*. Wael Hallaq, *A history of Islamic legal theories: An introduction to Sunni Usul Al-fiqh*, New York, Cambridge University Press, 1997, p. 21 et suiv.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 37.

lui demander d'exercer le raisonnement analogique ; s'il connaît la technique de l'analogie mais ignore tout ou partie des données de base, il n'est pas davantage permis de lui dire : raisonne par analogie avec ce que tu sais »³⁰².

Ce paragraphe montre à quel point l'exercice de la raison est limité par rapport à l'usage plus sûr et sécurisant du texte. Il est évident, dans ce contexte que l'avis (*ra'y*), l'effort intellectuel (*ijtihad*) par la déduction analogique (*qiyas*) basée sur la *ratio legis* (*illa/sabab*) ou tout autre moyen logique tels que le jugement préférentiel pour raison d'équité (*istihsan*) ou la prise en compte des intérêts (*masaleh mursala*) ou encore la théorie de la nécessité (*dharura*) sont tous à l'extrême opposé des sources fondatrices : le coran, la sunna et à moins degré le consensus. L'importance de ces sources à tellement faibli que leur légitimité est de plus en plus contestée.

Le droit musulman se trouve ainsi engagée dans un positivisme ultra formaliste³⁰³ qui n'a cessé de nourrir la clôture dogmatique de la pensée juridique³⁰⁴. La porte a été fermée au renouvellement (*tajdid*) de la science normative, et a choisi le chemin du conservatisme (*taqlid*) dicté par le rapport quasiment intime au texte et aux enseignements des anciens. Les dires de Chafik Chehata à ce propos résument parfaitement cette situation. « En somme, dit-il, la théologie islamique orthodoxe n'admet pas l'existence d'un droit naturel, soit d'un droit issu de la nature et de la raison, et comme tel, indépendant de la révélation et des dogmes religieux. Si Dieu l'avait voulu, répètent à satiété les théologiens, il aurait inspiré à son prophète une loi toute différente qui tout autant juste que celle qui est prescrite »³⁰⁵.

La pensée juridique islamique, forte d'une raison qui a su au fil de l'histoire déraciner toutes celles qui ont voulu s'installer à sa place et triompher face aux raisons compétitrices, a pu résister jusqu'à nos jours. Elle représente par l'idéologie des valeurs et des symboles qu'elle incarne un lien entre toute personne ayant fait le serment qui le fait immédiatement membre d'une *oumma* transnationale. On peut donc confirmer l'idée selon laquelle le droit musulman est présumé existant nonobstant toute mise en œuvre gouvernementale³⁰⁶. La nationalité, le territoire, l'autorité ne sont plus des facteurs de détermination de la loi puisque

³⁰² Mohammad Ibn Idriss Chafi'i, « Kitab ibtal al-istihsan », *Al- omm (La source)*, Le Caire, 1325h , p. 274. Cité par Mohammed Arkoun, « Le concept de raison islamique », *op.cit.*, p. 314.

³⁰³ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, *op.cit.*, p. 190.

³⁰⁴ Mohammed Arkou, *Humanisme et Islam*, *op.cit.*, p. 103.

³⁰⁵ Chafik Chehata, « La religion et les fondements du droit en Islam », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, T. 18, 1973, p. 17.

³⁰⁶ Ahmad Atif Ahmad, *Structural interrelations of theory and practice in Islamic law: A Study of Six Works of Medieval Islamic Jurisprudence*, Boston, Leiden, Brill. coll. Studies in Islamic law and society, 2006, p.43.

celle-ci lie la conscience de la personne concernée. Ceci a donné lieu aujourd'hui, au temps des Etats modernes, a des situations très intéressantes du point de vue juridique, et très instructives sur les possibilités d'évolution des raisons juridiques, qui comme celle islamiques, bénéficient d'une idéologie des valeurs rigide et immuable.

2. Où se place le droit moderne à raison juridique islamique ? : Résultats d'une hybridation

Comme mentionné précédemment, l'idéologie des valeurs consiste à faire croire que la morale est liée au droit au sens strict. Dans ce sens, il n'est pas aberrant de dire que la raison juridique islamique se base essentiellement sur les considérations idéologique et surtout celles qui incluent les valeurs puisque ces dernières sont inhérentes à la nature du droit, qui se trouve en quelque sorte dénaturé de ses fonctions premières : celle de la gestion pacifique des communautés. On a vu que la question du droit révélé ramenait directement le juriste à étudier des normes, pas seulement ancrées dans la morale mais sensées incarner elles mêmes, la justice, le beau, le bien. On est en plein d'une idéologie des valeurs incrustée dans les consciences des masses.

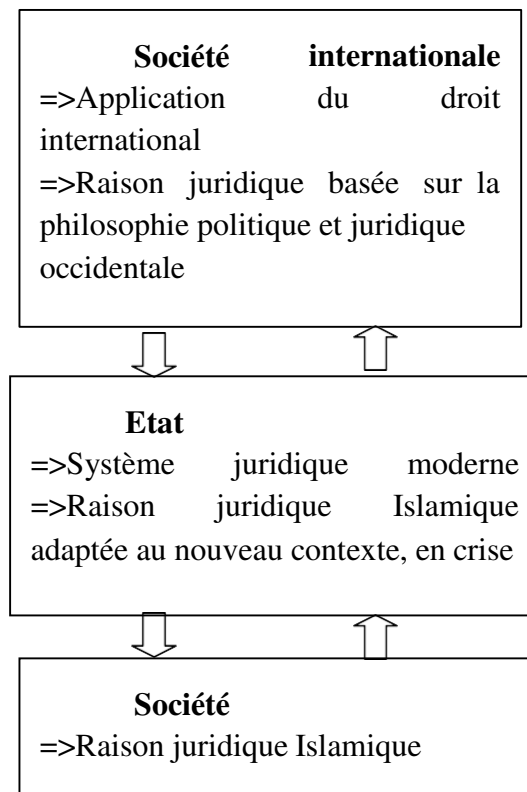
Il est légitime à ce niveau de se demander comment cette idéologie peut avoir une quelconque influence, considérant que tous les Etats qui y adhèrent on adoptés la technologie juridique moderne. Par conséquent, on pourrait bien se demander comment les considérations susmentionnées pourraient être encore aujourd'hui d'actualité. C'est bel et bien le concept de raison juridique qui nous permet de scruter ces systèmes qui sont dès lors dans la contradiction totale. Ils adoptent dans les faits des constructions normatives à l'extrême opposé du socle philosophique qui sert à légitimer le *corpus juris* en place, de façon à ce qu'on se réfugie toujours dans le texte source, des fois même pour y trouver les raisons de le dépasser et il va de soi que cela donne lieu à des situations juridiques des plus curieuses. Et puisque la raison juridique islamique qui a subsisté dans les systèmes juridiques modernes, est dans la continuité historique et logique du droit musulman classique, il est tout à fait normal que son influence couvre les domaines de prédilection de ce dernier, et qui relèvent essentiellement du domaine idéologique des valeurs : la famille, le statut de la femme, les peines pénales, etc. C'est que c'est une théorie de droit qui s'intéresse en premier lieu aux droits, et ce à cause du statut central, susmentionné de l'Homme, en tant qu'obligé (*mukalaf*) et qui doit s'acquitter de devoirs, qui sont les droits de Dieu, pour atteindre le salut.

Ainsi, pour répondre à la question de savoir où se place le droit moderne à raison juridique islamique, on peut répondre que sa pratique quotidienne est marquée par le fait

qu'elle se balance entre la réalité du présent et la légitimité de l'histoire. Les débats juridiques doctrinaux fusent toujours sur la conformité de toute norme ou nouveauté juridique au char' au même titre, et même de manière plus importante que le droit « positif ». On pourrait même affirmer que ce dernier ne soit qu'un artifice pour faire croire que l'on évolue effectivement dans le cadre de l'Etat moderne, qui réitère pourtant son attachement au réel esprit juridique qui gouverne la société, celui de la raison orthodoxe dominante.

De cette hybridation résulte une situation tout à fait complexe, au centre de laquelle on trouve la question de l'idéologie des valeurs, et de façon concomitante celle des droits considérés comme le cheval de Troie de la philosophie juridique moderne, qui achèvera de désagréger ce qui reste de l'Islam fantasmé des masses et de sa charia.

La situation se présente à notre avis comme il suit :



Ce triptyque montre que l'Etat se trouve au centre de deux sources de pression intense, ce qui pousse sa raison à réagir sur elle même et sur son environnement, que ce soit en amont ou en aval.

Bien qu'on se concentre dans le cadre de cette étude sur les réactions de la raison juridique Islamique étatique au contact de celle du droit international, on ne peut nier que la forme de cette réaction est largement dépendante des rapports avec la société qu'elle est

sensée gérer. Les évolutions des attentes de cette dernière par rapport à la raison étatique la poussent forcément à s'adapter pour continuer à dominer le cadre social qu'elle tente de réguler.

Pour comprendre la configuration, il faut donc commencer au plus bas de l'échelle avec une société dont l'idée du droit est substantiellement ancrée dans une conception historique authentique et qui transcende l'esprit critique. Cette conception répond en tous points à la doctrine juridique orthodoxe, qui a acquit dans les esprits et par le fait de la tradition le même statut sacrée que les textes qu'elle traite. Elle n'admet donc aucune modification de ses bases, ayant prouvé depuis longtemps déjà sa rectitude. Par conséquent, il faut noter qu'on ne se trouve pas dans le cadre classique des rapports entre un Etat qui dit et impose la loi et des citoyens qui sont sensés s'y conformer au risque de sanctions. Il y a une sorte de dédoublement des statuts et des normes, et en cas de conflit, on sait qui primera pour l'intéressé. Ceci constitue un début de crise pour la loi étatique, qui se voyant concurrencée, se doit d'absorber les normes qui évoluent dans ce que A.J Arnaud a qualifié de « champ juridique vulgaire » et en faire les siennes, afin de maintenir l'ordre et de prime abord ses prérogatives de seul diseur de droit.

Il faut noter que le dédoublement des normes découle du dédoublement des statuts. Yadh Ben Achour n'a pas manqué de porter l'attention sur l'existence au sein des Etats touchés par l'Islam d'une « fidéocratie » qui n'attache guère d'importance aux règles et catégories juridiques classiques³⁰⁷. La fidéocratie répond à la notion *oumma*, une communauté soumise dans idées et pratiques aux commandements de Dieu. Selon Ben Achour, « l'oumma est une communauté politique de foi, ni de terre, ni de sang. »³⁰⁸ car il est dit clairement dans le texte « Cette communauté qui est la votre est une communauté (oumma) unique. Je suis votre seigneur ! Adorez-moi donc ! »³⁰⁹ L'*oumma* est donc le noyau de la société politique, et sa structure de fédération de foi a des répercussions sur le pouvoir lui même. Ce dernier devient le protecteur de la croyance et des croyants, par la perpétuation et l'observation stricte du droit authentique. La préservation des intérêts communs de la société et la garantie des interactions pacifiques est reléguée à un second rôle parmi l'éventail des rôles du détenteur du pouvoir. En effet, ces éléments sont supposés acquis du moment que le premier rôle est effectué correctement. Dans ce sens, Ben Achour note le dédoublement qu'on a mentionné

³⁰⁷ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., p. 92.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Coran*, Sourate 21 :92, op.cit. p. 431.

puisque'il relève l'existence d'une communauté politique par la foi et d'une société politique par intérêt³¹⁰, la première primant sur la seconde. Le pouvoir politique n'est pas conçu dès lors comme législateur, mais comme l'exécuteur d'un droit qui lui est antérieur et qui lui survivra certainement. Le diseur du droit se trouve ainsi dans une situation curieuse puisqu'il est dépourvu de « souveraineté juridique »³¹¹. Au niveau de l'ordre juridique, l'application de la loi est confessionnelle³¹², un monde sépare donc l'esprit du droit pensé et celui du droit posé.

Pour s'assurer la légitimité dans son environnement immédiat, le droit posé doit initialement absorber la charge contestatrice que contient son environnement en étant, au mieux, tout simplement représentatif de la raison juridique de l'orthodoxie de masse. Au pire, il devra neutraliser les attentes menaçantes et concurrentielles. Il faut savoir que la raison juridique Islamique au sein des Etats dont les sociétés sont touchées par l'Islam est une raison adaptée au nouveau contexte, mais il est curieux de noter que quel que soit le changement que connaît l'attente au sein du « champ juridique vulgaire », la réaction tend à toujours vers la radicalisation de l'idéologie des valeurs, du droit et des droits. Quand la raison juridique concurrente se radicalise, la raison juridique étatique se radicalise encore plus pour se mettre au niveau et absorber les attentes. Quand la raison concurrente se dirige vers une idéologie plus libertaire, détachée du texte et du contexte orthodoxe, la raison du droit imposé invoque encore une fois l'idéologie rigide des valeurs pour faire taire la contestation. Quoi qu'il en soit, l'argument idéologique est dominant et sa compréhension est nécessaire surtout lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre des droits humains et de l'harmonisation des législations en ce domaine.

Dans ce cadre, il faut aussi regarder le triptyque de haut en bas. L'adhésion et le respect des instruments internationaux de protection des droits humains et donc du droit international, est une question qui se pose de plus en plus au sein des Etats au regard de plusieurs facteurs, parmi lesquels on peut citer le rôle croissant des organisations internationales qui font un travail de plaidoyer à l'intérieur et à l'extérieur des Etats en plus de la libéralisation de l'information. L'impulsion des droits humains est donc de plus en plus inévitable.

³¹⁰ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., p. 92.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*, p. 93

La réaction primaire du système juridique qui veut tant préserver sa raison juridique contre sa concurrente venue de l'extérieur, mais aussi bloquer la montée de raisons parallèles qui foisonnent dans son propre environnement, renforce la contrainte idéologique des valeurs.

Un exemple des plus poignants peut être puisé dans les travaux préparatifs de la nouvelle constitution Tunisienne, dont l'attitude de son avant-projet à l'égard du droit international, faisait un transparent un important malaise culturel, et la résurgence de la raison juridique islamique refoulée pendant des années. En effet, l'article 15 de l'avant-projet de la constitution disposait que « le respect des traités internationaux est une obligation, tant qu'ils ne sont pas contraires aux dispositions de la présente Constitution »³¹³. Bien qu'il n'ait pas survécu à la version finale de la nouvelle constitution tunisienne, cet article est très révélateur de la raison juridique qui motive le système. Nous avons précisé que la raison juridique se découvre dans les textes, dans les travaux préparatifs et dans la doctrine. Ainsi, même si cet article n'a pas fini par s'imposer, il n'en reste pas moins qu'il est d'une importance capitale puisqu'il démasque une volonté de se dérober aux obligations internationales antérieures à la nouvelle constitution. Et si nous revenions aux faits, ces obligations ne seraient que celles qui concernent le bloc des conventions formant le droit international des droits humains, ratifiées par la Tunisie. Ces dernières pouvant être considérées comme étant contraires aux dispositions de la constitution qui spécifie dans son premier article (inchangé) que sa religion est l'Islam³¹⁴ et réitère son attachement « aux enseignements de l'Islam et à ses finalités »³¹⁵. Dans ce cadre, l'invocation de l'idéologie des valeurs face aux dispositions du droit international a atteint son sommet lorsqu'il s'agissait de consacrer dans son article 6 la liberté de conscience telle que prévue par l'article 18 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)³¹⁶, puisque cette dernière permettait « aux satanistes, à l'idolâtrie d'organiser des manifestations publiques (...) pour propager leurs

³¹³ Avant- projet de la constitution Tunisienne, 14 Décembre 2012, Traduction non- officielle produite par le projet du PNUD en Tunisie, URL : http://majles.marsad.tn/uploads/documents/constitution_tunisie_fr_2012_12_14.pdf

³¹⁴ Article premier : « La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, l'Islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime », Constitution Tunisienne du 26 Janvier 2014.

³¹⁵ Préambule inchangé de l'avant-projet, *Ibid.*

³¹⁶ « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites. » Article 18, DUDH, adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU le 10 décembre 1948.

croyances »³¹⁷. Pourtant, cette constitution consacre au même temps « les hauts principes des droits de l'Homme universels »³¹⁸ ce qui laisse entrevoir la crise de ses rédacteurs qui peinent à monter une construction idéelle cohérente et homogène face aux pressions du bas³¹⁹ (environnement social) et du haut (engagements internationaux). Ce flou est prépondérant dans cette constitution type d'une raison juridique instable et en crise. Pour ne citer qu'un exemple, le fameux article 6 qui s'engage à protéger et garantir la liberté de conscience, promet aussi de protéger le sacré et interdit d'y porter atteinte. Comme si le législateur se balançait entre deux choix idéologiques sans pouvoir en choisir aucun, au risque de se contredire au final sur le contenu de la loi.

Cette application mal assumée du droit international dans les systèmes juridiques à raison juridique islamique, et le recours à l'idéologie des valeurs pour contrer l'élan de sa raison concurrente et conquérante est le résultat d'une incompatibilité des discours, surtout en ce qui concerne la question de la nature du droit, et surtout des droits.

B. L'incompatibilité avec le discours du droit international : Mesurer l'écart des raisons juridiques à travers de l'idéologie des valeurs

La réaction en préservation est une réaction de renfermement et pour ainsi dire, de refus. Elle représente dans le cas de notre étude, la réaction type aux règles du droit international, ce qui fait que l'hétéroplastie juridique a plus de chances de faillir que de réussir pour la plupart des rencontres³²⁰. La raison est assez évidente, puisque le point de rencontre est le discours juridique. Quand il y a un grand décalage, il est présumé que les valeurs dont l'élément nouveau est porteur et les fondement épistémologiques qui le motivent sont substantiellement différents et donc subversifs, porteurs d'un projet de déracinement de la raison en place.

³¹⁷ Lucas Roxo, « La Tunisie dit NON à la charia », *France Info*, Janvier 2014, URL : <http://www.franceinfo.fr/monde/actu/article/la-tunisie-dit-non-la-charia-310405>

³¹⁸ Constitution Tunisienne, *op.cit.*

³¹⁹ Les périodes d'instabilité sont propices à l'apparition, ou au renforcement au niveau du champ juridique vulgaire, des raisons juridiques concurrentes qui tenteront de supplanter le système de droit posé. Pour le cas de la Tunisie, l'apparition de police salafiste (<http://www.tunisienumerique.com/tunisie-la-police-salafiste-prend-ses-quartiers-a-mahdia/163536>) ou encore de tribunaux appliquant une version très rigide de la charia et la considérant comme le seul droit légitime (<http://www.webdo.tn/2013/02/21/assaut-contre-une-maison-faisant-office-de-tribunal-salafiste/>), sont autant de preuves qui viennent assoir cette théorie.

³²⁰ Alan Watson, *Society and legal change*, Philadelphie, Temple University Press, 2001, p. 98 et suiv.

L'étude du discours du droit international est d'un grand intérêt même si elle reste confinée à de rares essais³²¹. C'est qu'il s'agit pour ce faire d'opter pour une vision spécifique du droit international, celle « d'une pratique sociale discursive et argumentative en constante évolution. Si bien que la meilleure façon de pouvoir le comprendre est [...]de le faire de l'intérieur de lui-même par la conceptualisation interne de ce discours. »³²²

Lors de son étude du discours du droit international, Olivier Corten affirme que ce dernier est conçu dans le cadre du modèle de légitimation légale-rationnelle des pouvoirs en place³²³, et est devenu lui même un outil de légitimation³²⁴. En effet, ancrer le droit dans la tradition formaliste positiviste servait à faire de lui un outil objectif de gouvernance, délesté de toutes les autres considérations portant sur le pouvoir et la domination, une technique tout simplement. Corten dit à cet effet qu' « une analyse juridique pouvait s'avérer à la fois rigoureuse et militante ; on pouvait même dire : plus l'analyse est rigoureuse, moins elle laisse transparaître des jugements de valeurs, et plus elle sera efficace en termes de légitimation du propos »³²⁵. Mais, c'est sans compter sur sa perspective sociologique du droit international qui fit reconnaître le rôle de voile que jouait la culture du positivisme formaliste. En effet, Corten considère que « le droit positif fournit un corps technique de règles dont la rationalisation donne une impression de neutralité axiologique qui vise à occulter les rapports entretenus avec les intérêts en présence »³²⁶. Ce voile de technicité n'a pas cependant empêché le revirement vers les discours sur l'éthique. Les droits humains, les interventions humanitaires, les critères démocratiques sont autant de considérations morales et politiques qui ont reçus un caractère normatif. La preuve peut-être de la crise de la légitimité du discours purement juridique, obligé à se ressourcer dans les discours qui lui était pourtant étranger. Pourtant, il était clair que dans une société aussi fragmentée que la société internationale et ce sur tous les plans : économiques, culturels, axiologiques, il fallait que le droit international table sur une perspective qui prenne en considération les facteurs servant à asseoir sa légitimité dans ce contexte nouveau. Finalement le discours du droit international est pensé comme un « appareil idéologique »³²⁷ motivé d'une raison spécifique, et qui pour s'imposer

³²¹ Voir par exemple Olivier Corten, *Le discours du droit international : pour un positivisme critique*, Paris, PEDONE, 2009 et Christian Reus-Smit (dir.) *The politics of international law*, New York, Cambridge University Press, 2004.

³²² Emmanuelle Jouannet, « Présentation », in Olivier Corten, *Le discours du droit international*, op.cit., p. 7.

³²³ Ibid.

³²⁴ Olivier Corten, *Le discours du droit international*, op.cit., p. 67.

³²⁵ Ibid., p. 40.

³²⁶ Ibid., p. 97.

³²⁷ Emmanuelle Jouannet, « Présentation », in Olivier Corten, *Le discours du droit international*, op.cit., p. 16.

dans le cadre interne et atteindre l'harmonisation souhaitée, demande à déployer ses armes idéologiques et nécessairement ceux des valeurs. A juste titre, Corten a décrit le droit international comme un champ de bataille³²⁸, mais il n'est pas que cela. Le droit international est aussi un conquérant dans le champ de bataille qu'il est.

Par rapport à la raison juridique islamique, le droit international répond point pour point à cette qualification, ses fondements philosophiques (1) et leurs répercussions (2) font que son discours est considéré comme la parfaite négation de cette raison en péril. Etudier donc le discours du droit international dans cette perspective permet de mesurer l'écart des raisons et d'avoir une approche projective des réactions en cas de polysystème simultané.

1. Les fondements philosophiques du droit international

Tout comme c'est le cas pour la raison juridique islamique, la raison du droit international se base sur des préceptes philosophiques qui tournent essentiellement autour de deux questions. La première est celle de sa rationalité et la seconde se concentre sur la question de la légitimité. Encore une fois, il est très important de porter le regard sur la construction philosophique qui constitue les soubassements du droit puisque c'est dans cette dernière qu'est puisée l'idéologie des valeurs sur laquelle il s'adosse pour appuyer sa légitimité ou en d'autres termes ses fondements moraux³²⁹.

a. Les fondements de la rationalité du droit international

Malgré la tendance qui consiste à ignorer de plus en plus les réflexions sur la théorie du droit international à proprement parler, l'intérêt que nous accordons à ce domaine spécifique est grand. En effet, il est dans notre dessin de démontrer que le résultat de l'interaction entre les systèmes juridiques est essentiellement influencé par le moteur qui les fait marcher, le point de vue philosophique sur lequel ils se basent. Même si ce dernier n'intervient pas directement lors de l'interaction, il est ressenti car il donne au discours sa forme et son intention. L'interaction n'est pas simplement soumise à un formalisme qui la dénature de tous ses aspects. Dans un système à raison juridique, l'interaction est essentiellement dépendante du rapprochement, ou pas, des idées du droit.

³²⁸ Olivier Corten, *Le discours du droit international*, op.cit., p. 26.

³²⁹ Allen Buchanan, *Justice, legitimacy and self-determination : Moral foundations of international law*, New York, Oxford University Press, 2004.

C'est dans ce cadre que nous privilégions l'étude de la théorie et de la philosophie du droit international. Un domaine quasiment désuet, mais pourtant d'une importance capitale quand il s'agit d'étudier le sort des greffes juridiques et des cas de polysystème, et par dessus tout passionnant. Malgré le fait qu'on a pu écrire que le droit international a atteint son « ère post-ontologique »³³⁰, nous restons convaincu de la position qui plaide que le droit international a « une position intermédiaire, qui maintient la distinction de l'ordre juridique, tout en s'engageant à répondre aux questions extra-légales afférant à la politique, l'histoire et la moralité »³³¹.

Les enjeux théoriques et philosophiques du droit international sont à l'évidence aussi vieux que son histoire. Ils ont certes évolué pour s'adapter aux développements, mais sont restés inchangés dans leur substance. Leur impact sur la formation de rationalité juridique est donc toujours palpable, et ce même à contrario. En effet, justice, moralité internationale et paix sont les idées forces du droit des gens, et au même temps les axes qui servent à le critiquer et à neutraliser la légitimité de sa rationalité-légalité, et ce malgré l'essor de la méthode positive. Alors même si l'idée de la justice a pris un tout autre sens que celui qui accordait les anciens, il n'en reste pas moins que les développements premiers ont orienté la rationalité juridique vers une voie spécifique. Une voie qui, on ne manquera pas de le rappeler, est l'extrême négation de la raison juridique islamique.

En effet, en affirmant que le droit naturel/ juste dérive de la nature raisonnable de l'homme, les anciens ont participé à installer l'idée selon laquelle le droit serait un ensemble qui fonctionne selon les règles de la logique en consacrant ainsi le rôle de la raison³³². Le développement de la pensée vers d'autres voies, et même celles qui nient la théorie jus-naturaliste a été donc largement influencé par ce discours fondateur. On a bien vu que l'attitude contraire menait à une autre perspective de l'argument juridique. La place occupée ainsi par la raison a eu des répercussions sur la construction de l'idée du droit. On est même

³³⁰ Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 6.

³³¹ Cyril Black, Richard Falk (dir.), *The Future of the International Legal Order*, pp. 34-35. Cité par Martti Koskeniemi, *From apology to utopia: The structure of international legal argument*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 21.

³³² Slim Laghmani, *Le discours Fondateur du droit des gens: approche historique*, Thèse pour le Doctorat en Droit, sous la direction de Yadh Ben Achour, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1990, p. 89 et suiv.

parvenu à affirmer que la première condition à vérifier pour considérer qu'une loi est valide est sa consistance logique³³³, la mesure de la logique étant l'objectivité.

Dès lors, l'idéal de la justice qui semble centrale dans la construction du droit international a amené plusieurs auteurs à braquer dessus leur réflexion. Elle désigne « l'idée morale du droit et de l'Etat, grâce à laquelle on distingue les formes juridiques légitimes des formes juridiques illégitimes. Dans cette perspective la justice politique est donc le concept fondamental d'une critique morale du droit et de l'Etat qui doit être entendu en un sens philosophique et neutre »³³⁴.

Les études sur la théorie morale du droit international avaient perdu leur intérêt avec l'ascension des théories de réalisme politique en relations internationales et du formalisme positiviste en ce qui concerne la légalité. Kelsen avait en effet étendu sa critique juridique à l'idéal de la justice en statuant qu'il était vain de qualifier une situation de juste ou injuste. D'un point de vue sociologique, il préférerait qu'un ordre social cherche à éliminer les conflits en rapprochant les intérêts. Kelsen considérait que seuls ces types de sociétés étaient à même de réaliser l'idéal de la paix qui supplantait pour lui celui de la justice³³⁵, trop enclin aux jugements de valeurs. Dès lors, Kelsen procédait à une réduction de l'idéal de justice au principe de légalité en considérant que « la justice correspond en ce sens à la légalité. Il est juste pour une règle générale d'être appliqué à chaque fois que, selon son contenu, elle est appelé à être appliquée. Et il est injuste pour la même règle d'être appliquée à un cas, mais pas à un autre qui lui est similaire »³³⁶. La paix par l'application uniforme, et donc juste de la loi, était pour Kelsen la perspective qu'on devait valoriser en droit international. « Ce n'est qu'à une époque récente qu'il y a eu, à nouveau, notamment avec John Rawls et James Buchanan, des tentatives influentes pour réanimer la figure de légitimation de la philosophie des lumières »³³⁷.

Ces auteurs s'inscrivent dans la tradition Kantienne qui considérait que la paix dans les relations entre Etats était chose atteignable si on pouvait établir des rapports justes. Kant

³³³ Aleksander Peczenik, *On law and reason*, Etats Unis, Springer, Law and philosophy Library, Vol. 8, 2008, p. 174.

³³⁴ Otfried Höffe, *La justice politique : Fondements d'une philosophie critique du droit et de l'Etat*, tr. fr., Paris, PUF, 1991, p. 5.

³³⁵ Jochen Von Bernstorff, Thomas Dunlap, *The public international law theory of Hans Kelsen: Believing in universal law*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 188.

³³⁶ Hans Kelsen, « The Essential Conditions of International Justice », in 35ème rencontre annuelle de la Société Américaine du Droit International, 24 au 26 Avril, 1941, p. 72.

³³⁷ Otfried Höffe, *La justice politique*, op.cit., p. 340.

considère en effet que l'état de nature entre les Etats, même en l'absence de guerre, est un état d'injustice³³⁸. Il dit à ce sujet que « puisque l'état de nature des peuples, ainsi que celui des individus, est un état dont on doit sortir pour entrer dans un état légal. Il s'ensuit qu'avant cet événement tout droit des peuples ... est provisoire ; ils ne peuvent (les Etats) avoir une valeur de manière péremptoire et jouir d'un état de paix véritable que dans une union universelle des Etats »³³⁹. Mais Kant reste lucide quant à son idée de paix entre les Etats et annonce que la paix perpétuelle est clairement irréalisable³⁴⁰, il s'agit de s'en rapprocher continuellement dans le cadre d'alliances étatiques et plus spécifiquement celui d'un « congrès » qui permette aux Etats de résoudre leurs différends de manière civile³⁴¹. Le droit applicable à ce congrès, et parce qu'il tend à réaliser l'union de tous les peuples par le biais de règles universelles, Kant l'appelle le droit cosmopolitique. Un droit qui est en étroite dépendance avec les lois domestiques et le droit international puisque si l'un de ces systèmes est injuste, les autres finiront certainement par tomber dans la même abomination³⁴². Toujours dans la même perspective de paix perpétuelle, Kant ajoute que le droit des gens doit poser sur le consentement d'Etat libres (républicains), que ces Etats reconnaissent la loi à l'intérieur comme à l'extérieur de leurs frontières et qu'ils respectent enfin les droits des hommes, citoyens du monde et qu'ils appliquent le principe d'hospitalité universelle³⁴³.

L'un des plus importants auteurs contemporains a construire ses idées sur des thèmes Kantien est John Rawls qui présenta son droit des peuples comme « une utopie réaliste »³⁴⁴. Pour comprendre la théorie de droit des peuples de Rawls, il faut revenir à ses développements sur une théorie morale du droit et de la politique. La question principale qu'il se pose est la suivante : « comment est-il possible qu'il puisse exister un jour une société juste et stable constituée de citoyens libres et égaux, mais qui restent malgré tout profondément divisés par des doctrines religieuses, philosophiques et morales raisonnables ? »³⁴⁵. Bien que cette question ait été posée dans le cadre d'une société « domestique », Rawls considère qu'il

³³⁸ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs : TI-Doctrine du droit*, tr. fr. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 227.

³³⁹ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, op.cit., p. 233.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 234.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Amanda Perreau Saussine, « Emmanuel Kant on international law », in Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 58.

³⁴³ *Ibid.* Voir aussi Thomas Berns, « Kant : La paix comme secret », in Pierre Calame, Benjamin Denis, Eric Remacle (dir.), *L'Art de la paix : Approche transdisciplinaire*, colloque, Bruxelles, P.I.E- Peter Lang, 2004, p. 247 et suiv.

³⁴⁴ John Rawls, *The law of peoples*, New York, Harvard University Press, 2ème ed., 2000, p. 11.

³⁴⁵ John Rawls, *Political liberalism*, New York, Colombia University Press, 1993, p.4.

existe un parallèle avec la société des peuples qui reste soumises aux mêmes divergences historiques, politiques, religieuses et culturelles. Il plaide que l'usage du terme « peuples » est de mise puisqu'il permet la prise en compte des motifs moraux des peuples, ce qu'on ne peut pas faire pour les Etats³⁴⁶. Ainsi, tout comme pour les peuples à l'intérieur de leurs frontières, c'est le principe du pluralisme raisonnable est applicable à la diversité des peuples pour que la loi qui les gouverne soit équitable, efficace dans la réalisation de la coopération et donc acceptée par tous. Si elle remplit ces conditions, la loi est considérée raisonnable³⁴⁷. Dans sa recherche de base acceptable par tous pour gouverner la société, Rawls propose la conception politique de la justice comme équité qui commence dans un système équitable de coopération et qui est soutenu par un consensus par recoupement dans lequel tous les membres différents pourraient s'accorder sans renoncer à leurs identités³⁴⁸.

Rawls s'aligne sur la pensée de Kant, dont il cite plusieurs fois le projet de paix perpétuelle, en considérant que l'ordre social international imaginé par ses soins suffirait à « bannir les dangers de la résignation et du cynisme »³⁴⁹. Or sa théorie reste parsemée par des incomplétudes. Aucun développement n'est fait sur la possible construction de cet ordre social ni comment ses institutions parviendront à éliminer les problèmes pointés du doigt. De plus, Rawls qui semble fonder sa théorie sur la primauté du point de vue moral, ne prend en considération que l'approche téléologique qui valorise l'idée de l'utilitarisme ou de coopération³⁵⁰.

Malgré ses défaillances, la théorie de justice de Rawls a permis en droit international la résurgence de ce thème fondateur mais pourtant longtemps oublié. En cette époque de revirement vers l'éthique, l'apparition/réapparition de l'intérêt pour les théories morales du droit international ne semble pas si surprenante que cela.

Parmi ces œuvres « Justice, Legitimacy and Self-Determination : Moral Foundations For International law » de Allen Buchanan a été décrit comme l'une des critiques les plus systématiques et structurées de la moralité du droit international par un auteur contemporain³⁵¹.

³⁴⁶ John Rawls, *The law of peoples*, op.cit., p. 17.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 11.

³⁴⁸ John Rawls, *Political liberalism*, op.cit., pp. 14-17.

³⁴⁹ John Rawls, *The law of peoples*, op.cit., p. 128.

³⁵⁰ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique: T2*, op.cit., p. 117.

³⁵¹ Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, op.cit., p. 5.

Buchanan exprime le besoin pour une théorie morale du droit international, sans que celle-ci ne soit « quelque chose de grandiose »³⁵², certainement pour apaiser les juristes que le concept de « théorie morale du droit international » pourrait angoisser. D'ailleurs, conscient lui-même de ce problème, il propose à ceux que ce terme indispose l'appellation : perspective morale systématique qui serait le produit d' « un raisonnement moral systématique qui tenterait de produire un ensemble interdépendant et complémentaire de principes substantiels guidant le droit international dans sa manière de traiter les problèmes qui se présentent à lui »³⁵³. Ce faisant, c'est comme si Buchanan tentait de ramener les juristes à découvrir la raison juridique qui oriente le droit international dans sa façon de traiter les cas concrets et qui permettrait d'expliquer l'échec de l'ordre juridique international à accomplir l'interaction pacifique entre ses destinataires, ou investir d'une manière plus efficace ses champs de validité. On peut dire que Buchanan tente de découvrir les principes qui sont en effet le socle et le moteur du droit international en tant que tout, puisque cette théorie tente d'englober les sujets mais aussi les institutions qu'il urge de prendre au sérieux³⁵⁴. En ce sens, la tentative de Buchanan semble beaucoup plus réaliste que celle Rawls, qui comme on l'a susmentionné, a négligé de prendre en considération l'importance des institutions. Plus encore, les raisons qu'il invoque en plaidant pour une théorie systématique de la morale internationale le placent sur la même longueur d'onde que la théorie de la raison juridique. En effet, sa perspective morale systématique servirait à la critique du *statu quo*, mais accomplit aussi la mission projective de la raison car elle permet de progresser le système juridique vers une meilleure gestion des affaires³⁵⁵.

Selon Buchanan, la théorie morale du droit international qu'il présente équivaut à une conception spécifique de la justice qui couvrirait deux sens. Le premier sens étant celui qui se concentre sur le respect effectif des droits humains « basiques » et qui sert de point d'ancrage pour évaluer l'ordre juridique et le faire évoluer. Le second sens étant la justice des institutions qui auraient la mission d'instaurer un ordre juridique international guidé par l'idéal de la justice³⁵⁶. Buchanan dévoile ainsi son idée de la théorie morale du droit international dont le noyau se résume à l'idée des droits humains. Ainsi, le fait que la justice prime parmi les buts du droit international est considéré comme une norme qui se rapporte

³⁵² Allen Buchanan, *Justice, legitimacy and self-determination*, *op.cit.*, p. 15.

³⁵³ *Ibid.*, *op.cit.*, p. 15.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 22.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 29.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 73.

aux valeurs devant déterminer la forme de la construction juridique et non pas comme une simple description des buts poursuivis par elle³⁵⁷. Elle revêt le statut de norme car elle relève de ce que Buchanan appelle le devoir naturel de justice³⁵⁸ qui serait même le point de départ pour dépasser la théorie utilitariste des relations entre Etats, dès lors que ce sont les droits humains qui représenteront l'argument pour se conformer au droit international.

Il ressort de ces développements que l'idée de la justice réapparaît aujourd'hui en droit international, non seulement comme le moteur qui a permis à la théorie juridique de prendre sa forme actuelle, mais elle est aussi productrice d'une idéologie des valeurs sur la question des droits humains, et de la cause libérale-démocratique.

Ce discours se situe à l'extrême opposé de celui de la raison juridique islamique pour qui le raisonnable est loin d'être le réfléchi mais plutôt le révélé. De plus, le devoir naturel de justice est loin d'être orienté vers la protection de l'homme mais plutôt vers la réalisation d'une normativité transcendante et vers la protection de ses sources. Ce fossé se creuse encore plus quand la confrontation se fait avec le discours sur la légitimité du droit international. Nous sommes en toute évidence, face à une situation où la réaction en préservation risque d'être, et elle est, des plus radicales.

b. La légitimité du droit international

Il a été contesté à un moment donné que le droit international soit en fait droit³⁵⁹. Par ailleurs, il a été dit que si on finissait par conclure qu'il l'était, alors il fallait comprendre ce qui fait qu'une norme en droit international est juridique³⁶⁰ et pas un ensemble de normes politiques, sociales ou morales puisque Hart les assimilait aux règles primaires (de conduite) ou coutumières³⁶¹. En mettant en cause la nature juridique même du droit international, c'est sa légitimité qui est contestée.

Alors que la pratique a mis de côté ce genre de questionnements puisqu'il a été prouvé que, même si le droit international ne répondait pas parfaitement à la construction normative

³⁵⁷ Allen Buchanan, *Justice, legitimacy and self-determination*, *op.cit.*, p. 73.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 85.

³⁵⁹ « It is indeed arguable, as we shall show, that international law not only lacks the secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts, but also a unifying rule of recognition specifying 'sources' of law and providing general criteria for the identification of its rules. These differences are indeed striking and the question 'Is international law really law?' can hardly be put aside ». Herbert Hart, *The concept of law*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 214.

³⁶⁰ Elle qui est privée du caractère divin qui aurait tout de suite résolu la question de la légitimité et de la juridicité.

³⁶¹ Herbert Hart, *The concept of law*, *op.cit.*, p. 214.

des systèmes internes, cela ne faisait pas de lui un simple corps de règles morales, politiques ou sociales³⁶², les contestations propres à la légitimité sont toujours aussi vives.

S'intéresser à la question de la légitimité nous ramène à délimiter le champ de réflexion dans lequel nous devons évoluer car le concept de légitimité peut sembler flou au départ. En effet, il faut dès le départ distinguer la légitimité de la légalité car une norme peut très bien être posée de manière légale mais pourtant pas légitime. La légitimité nous ramène alors aux principes généraux du droit, mais aussi à la construction de l'argument juridique. Le discours sur la légitimité est un discours qui peut être fortement imprégné par l'idéologie des valeurs puisqu'il sert à consolider la légalité. Dès lors la légitimité se place à un tout autre niveau que la légalité, et cherche à trouver dans la norme une validité qui se rattache au juste, au bon et au digne de la reconnaissance plutôt qu'à la procédure dument appliquée.

En matière de légalité, la validité s'étudie en effet en termes déterministes sans laisser de grandes possibilités pour la cogitation sur les principes premiers. Une situation ou une norme est soit légale, soit illégale et les réponses doivent être uniques et conformes aux conditions posées par ce couple. Quelque chose ne peut donc pas être légale dans une situation et ne pas l'être dans une autre. La réflexion sur la légalité impose le souci d'uniformité et de conformité. Toutes les considérations qui dépassent cette limite sont poussées dans le cadre des domaines extra-juridiques tels que la morale, la politique et tout genre d'utopie qu'elle soit réaliste ou pas³⁶³.

Contrairement à la notion de légalité, celle de la légitimité répond au devoir être de la loi et non à ce qu'elle est dans les faits. Plus encore, « la légitimité incorpore le devoir être dans l'être du droit »³⁶⁴ et n'opère aucune distinction aucune distinction entre les deux. Quand on parle de légitimité, nous nous plaçons sur le point de vue subjectif de la loi, et donc éventuellement contradictoire d'un individu à un autre. La question de la légitimité est donc un champ risqué pour le droit qui cherche à tout prix à se débarrasser des incertitudes. Pourtant on ne peut bannir ce débat en droit international où la différence et la multiplication des subjectivités et des cultures juridiques est un fait établi. Plus encore, en déterminant le sens de la légitimité qu'on tente de traiter, nous pouvons nous placer immédiatement dans la sphère de la légalité.

³⁶² Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, op.cit., p. 7 et suiv.

³⁶³ Dencho Georgiev, « Politics or rule of law : deconstruction and legitimacy in international law », *EJIL*, Vol.4, N. 1, 1993, p. 12.

³⁶⁴ *Ibid.*

En effet, traiter de la légitimité du droit international pourrait être fait selon les deux perspectives sociologique/descriptive et normative³⁶⁵. D'un point de vue sociologique/descriptif, la légitimité aurait trait à ce que pensent les sujets du droit international de ce corps normatif et l'autorité qu'ils lui accordent. Contrairement à la légitimité normative, ce type de légitimité est factuel et peut être étudié d'une manière empirique en sondant les avis des Etats, organisations et individus par rapport aux règles et aux institutions qui les produisent. Par contre, la légitimité normative est celle qui se base sur la philosophie politique et juridique et répond à la question de savoir de quel droit, cette loi est-elle devenue obligatoire ? mais aussi de connaître les raisons qui font que les sujets de ce droit sont moralement obligés de s'y conformer³⁶⁶. Les écrits sur la légitimité du droit international allient souvent les deux perspectives, qui malgré leur différence, s'articulent parfaitement. Il est en effet important selon plusieurs auteurs de contextualiser l'étude et de la rapporter à la réalité tout en s'intéressant à la légitimité purement normative³⁶⁷. Par exemple, on sait que le plus grand défi de la légitimité du droit international d'un point de vue sociologique est celui du « parochialisme » qui fait que les individus dénigrent le droit international véhiculant des valeurs différentes des leurs, parce qu'il est la manifestation de l'impérialisme culturel occidental ou parce qu'il l'outil de l'imposition d'un capitalisme rampant³⁶⁸. Pour remédier à ce défi, on propose d'opter pour la théorie de la « condition de justification normale » avancée par Joseph Raz. Ce dernier, considère que la légitimité ne peut être assurée que par l'assurance de raisons objectives qui obtiennent l'assentiment des personnes, nonobstant leurs valeurs ou leurs préférences idéologiques³⁶⁹. Ainsi, il ressort que toute rupture entre les deux points de vue sur la légitimité est artificielle dès lors que l'une figure comme une réponse à l'autre. Cependant, nous tenterons dans ce cadre de nous intéresser uniquement à la légitimité d'un point de vue normatif. C'est à partir de cette dernière que nous pouvons juger l'écart des raisons juridiques quant à la conception de la légitimité du droit et étudier la manière d'invoquer l'idéologie des valeurs en ce sens.

³⁶⁵ La légitimité normative selon Alan Buchanan serait atteinte par le biais du respect par l'Etat d'un minimum des standards qui ont trait aux droits humains. Alan Buchanan, « The legitimacy of international law », in Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, op.cit., p. 79.

³⁶⁶ Daniel Bodansky, « The concept of legitimacy in international law », *Research papers series*, Université de droit de Georgia, Novembre 2007, p. 4 et suiv. URL: <http://ssrn.com/abstract=1033542>.

³⁶⁷ Voir Allen Buchanan, Robert Keohane, « The legitimacy of global governance institutions », *Ethics & International Affairs*, N. 20, pp 405-437. URL: doi:10.1111/j.1747-7093.2006.00043.x.

³⁶⁸ John Tasioulas, « The legitimacy of international law », in Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, op.cit., p. 105.

³⁶⁹ *Ibid.*

En effet, la quête de la légitimité du droit international a été marquée par son aspiration à prouver son objectivité et sortir ainsi des amalgames avec la discipline beaucoup plus réaliste et cynique des relations internationales. L'objectivité garantirait au droit international un statut supérieur et donc une légitimité sans faille mais serait aussi le gage de son universalité³⁷⁰. Pour avoir ainsi son identité propre, le droit international se doit de réaliser les deux impératifs du concrétisme et du normativisme³⁷¹.

Le normativisme revient à se distancer de la politique en évitant de devenir un simple écho des comportements, valeurs, intérêts et désirs des Etats³⁷². Par ailleurs, le concrétisme est le fait de se distinguer des discours sur la moralité³⁷³. Ces deux impératifs qui ont été considérés comme étant contradictoires et impossibles à rassembler d'une manière simultanée³⁷⁴, ont finalement été admis à se réunir tout en ayant du droit international une vision spécifique. On ne saurait en effet l'isoler des tergiversations de la politique, mais le droit international gagnerait à s'isoler de l'arbitraire et de la subjectivité des décisions. Aussi, il est certain que même si les normes de droit ont pour origine la politique internationale, cela ne les empêcherait pas de former « un système normatif complet, autonome et autorégulé »³⁷⁵. Dès lors, on considère que le balancement de l'argument juridique entre concrétisme et normativisme n'est pas une marque de contradiction ou d'incertitude du droit mais plutôt une spécificité. Ce qui compte dans cette perspective n'est pas de réaliser l'indépendance du droit international de la politique mais de l'en distinguer³⁷⁶. De cette conception de la légitimité du droit international, ressort l'idéal de la gouvernance du droit en tant que tel, ce dernier participant à instaurer une communauté universelle qui s'allie autour des principes raisonnables et raisonnés, mais qui servent aussi à déconstruire le droit international pour le

³⁷⁰ Jochen Von Bernstorff et Thomas Dunlap, *The public international law theory of Hans Kelsen: Believing in universal law*, *op.cit.*, p. 13.

³⁷¹ Martti Koskenniemi, *From apology to utopia*, *op.cit.*, p. 17.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ « it is impossible to prove that a rule, principle or doctrine (in short, an argument) is both concrete and normative simultaneously. The two requirements cancel each other. An argument about concreteness is an argument about the closeness of a rule, principle or doctrine to state practice. But the closer to state practice an argument is, the less normative and the more political it seems. The more it seems just another apology for existing power. An argument about normativity, on the other hand, is an argument which intends to demonstrate the rule's distance from state will and practice. The more normative a rule, the more political it seems because the less it is possible to argue it by reference to social context. It seems Utopian and - like theories of natural justice - manipulable at will ». Martti Koskenniemi, « The politics of international law », *EJIL*, Vol. 4, 1990, p. 8.

³⁷⁵ Michel Virally, « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Tome 183, 1983, pp. 26-27.

³⁷⁶ Dencho Georgiev, « Politics or rule of law », *op.cit.*, p. 4.

faire évoluer³⁷⁷. Cette perception met aussi en lumière l'importance du principe de la légitimité démocratique des institutions qui fait surface comme le corolaire de l'idée de justice et de détachement de la culture d'arbitraire. Buchanan a bien affirmé que « la légitimité requiert la démocratie »³⁷⁸. Mais démocratiser le système international peut vouloir dire beaucoup de choses. Cette démocratisation peut bien toucher les institutions concernées de la prise de décision au niveau international, comme elle peut bien se rapporter aux systèmes internes des Etats et à la volonté d'uniformiser la « communauté » de droit par le principe démocratique.

Ainsi, dans sa théorie de la morale internationale fondée sur l'idéal de la justice, Buchanan revient à l'idée de la légitimité en valorisant lui aussi la gouvernance de la loi. Pour lui, les droits humains qui sont au centre de sa théorie, sont mieux protégés sous un régime de gouvernance de la loi et donc du principe démocratique. Dès lors, ce n'est pas la justice parfaite que le droit international doit achever pour être légitime mais respecter un minimum de standards qui constitueront l'assise morale justifiant l'exercice du pouvoir tel que l'engagement pour la protection des droits humains de base³⁷⁹. On peut donc déduire que l'auteur se rallie à la deuxième conception de la légitimité démocratique.

Cette conception de la légitimité du droit international se détache alors complètement de la théorie classique du consentement de l'Etat, ce dernier garantissant la légalité mais pas forcément la légitimité. Les positions scrutées montrent toutes que sans l'accomplissement de certaines conditions considérées comme de second ordre, le simple consentement ne peut être un gage de légitimité. On ne peut dès lors considérer que la légitimité d'un système juridique soit réductible à la légitimité de ses normes. Il est très important qu'il prenne en considération en opérant la balance entre les intérêts et la normativité, certains principes moraux et certaines valeurs. Ces dernières, étant basées sur la justice, le respect de la personne humaine comme le pivot du système juridique international et de la pratique démocratique constituent l'incorporation de la théorie de Joseph Raz mentionnée au départ. Elle font office de conditions de justification basée sur une réflexion jugée raisonnable et donc transcendant les différences.

Ainsi conçu, le droit international est porteur d'un discours de valeurs et d'une perspective morale, dont il ne peut se délester, même en se retranchant dans les formes les

³⁷⁷ Dencho Georgiev, « Politics or rule of law », *op.cit.*, p. 4.

³⁷⁸ Allen Buchanan, *Justice, legitimacy and self-determination*, *op.cit.*, p. 292.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 298.

plus extrêmes du formalisme. Il convient de s'y attarder pour relever les niveaux de confrontations avec la raison juridique islamique et son discours des valeurs.

2. La perspective moraliste du droit international

La présentation de l'esprit fondateur du droit international a fait ressortir que, comme toute construction juridique, le formalisme ne pouvait cacher les idées motrices. Ces dernières restent importantes du moment qu'elles peuvent fournir au discours sa consistance et sa cohérence. Ainsi, pourrait-on dire que la philosophie précédant à la technique juridique est le ciment qui maintient la construction, mais c'est aussi la finition qui la rend attrayante.

En droit international, on a vu que la perspective moraliste, qui a été prédominante au départ, a perdu de son importance puis a retrouvé ses lettres de noblesses avec la résurgence des courants qui ont redonné vie à la discipline de la philosophie du droit international. Ainsi, des thèmes comme la justice, la légitimité basée sur l'idée de la gouvernance du droit raisonnable et acceptable par tous et donc formant les prémices d'une communauté humaine de droit, sont remontés à la surface des débats doctrinaux. On peut dire que le droit international a réinvesti le champ de ses premières ambitions et cela apparaît clairement dans son discours fortement ancré dans l'idée des valeurs, une valeur : celle des droits humains.

En effet, on peut dire qu'ils ont émergés depuis des années comme le paradigme central du discours du droit international. Que ce soit dans le cadre de l'idéalisme et de la conviction ou plutôt celui de l'instrumentalisation³⁸⁰, les droits humains sont omniprésents. Et ce ne serait pas aberrant de dire que le droit international se repose de plus en plus sur l'idée des droits humains dans la conception de sa propre légitimité et celle des institutions et des normes qui constituent son corps³⁸¹.

Il convient donc de positionner le discours des valeurs du droit international qui émerge de sa rationalité, pour ensuite comparer l'écart des discours et comprendre la réaction en préservation par la radicalisation de l'idéologie des valeurs de la raison juridique islamique.

³⁸⁰ « The concept of humanity is an especially useful ideological instrument of imperialist expansion, and in its ethical-humanitarian form it is a specific vehicle of economic imperialism. Here one is reminded of a somewhat modified expression of Proudhon's: whoever invokes humanity wants to cheat. To confiscate the word humanity, to invoke and monopolize such a term probably has certain incalculable effects, such as denying the enemy the quality of being human and declaring him to be an outlaw of humanity; and a war can thereby be driven to the most extreme inhumanity. » Carl Schmitt, *The concept of the political*, Tr. ang. George Schwab, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 54.

³⁸¹ Allen Buchanan, « The legitimacy of international law », in Samantha Besson et John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, op.cit., p. 96.

a. La centralité des droits humains en droit international en tant que discours de valeurs

Il a été dit que « L'expression philosophie des droits de l'homme résume excellemment l'état de l'idéologie occidentale moderne dans ce qu'elle a d'essentiel »³⁸². Rien n'est en fait plus véridique que cette description de la philosophie des droits de l'homme qui trouve ses racines dans les développements de la pensée occidentale et qui aujourd'hui trouve dans la rhétorique de la modernité le parfait réceptacle. Comme on a pu l'affirmer, « l'idée des droits de l'homme concerne le sujet, s'appuie sur lui et l'apprivoise [...] Sans les bouleversements et les modifications de la modernité, des bouleversements et des modifications qualitatifs dans l'histoire de la culture occidentale et ensuite mondiale (bref, de « l'histoire de l'humanité »), les droits de l'homme n'auraient pas pu apparaître. Ils ont nécessité du sujet, de sa création, de son idée et de sa matérialité. En ce sens, peu importe s'il s'agit du sujet en tant qu'espèce ou en tant qu'individu : il s'agit tout d'abord, et c'est ce qui compte, du sujet en tant que pilier d'un nouvel espace temporel que l'on appelle modernité »³⁸³.

Aujourd'hui, dans le système international, les droits humains sont une évidence. On remarque facilement que le droit international et les relations internationales sont actuellement fortement marqués par l'éthos des droits de l'homme³⁸⁴. Il n'y a qu'à voir comment le respect des droits est devenu un facteur d'intégration ou d'exclusion de la société internationale sur le plan politique, l'étiquette d' « Etats-voyous »³⁸⁵ étant distribuée à ceux dont la pratique va à contre-courant. Au plan juridique, les traités portant sur les droits humains prennent la forme nouvelle de promesse ou d'engagement pour l'observation de règles morales préexistantes au traité, et ce au lieu de l'idée ancienne du contrat³⁸⁶. Dès lors, ce n'est plus la réciprocité qui impose aux parties d'honorer leurs engagements. Le respect de l'obligation ne dépend plus de

³⁸² Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, op.cit., pp 165- 166.

³⁸³ Marcelo RAFFIN, « Pour une généalogie de la question des droits de l'homme », *Revue Aspects*, N. 1, 2008, p.120.

³⁸⁴ Martin Rhonheimer, « Une éthique politique universelle est-elle possible ? », *Les droits de la personne humaine et l'éthique chrétienne*, Actes de colloque, Résidence Universitaire de Champel), Genève, 7 novembre 1998, URL : http://didattica.pusc.it/file.php/115/Homepage_2009/texts/ethpoluniv.pdf.

³⁸⁵ Dans son discours du 16 Septembre 2001, George. W. Bush utilise le concept de « rogue states » pour qualifier une liste d'Etats accusés de financer le terrorisme international et de commettre des violations importantes du droit international des droits humains.

³⁸⁶ Lea Brilmayer, « From contract to pledge : the structure of international human rights agreements », *British Yearbook of International law*, Vol. 77, N.1, 2006, p. 165. URL: doi: 10.1093/bybil/77.1.163

l'autre mais plutôt d'un engagement unilatéral pour la promotion d'une valeur morale, ce qui constitue en soi une révolution³⁸⁷. Tout comme pour la politique internationale, la sanction de cette obligation morale est plus une question de réputation et d'étiquette. Les Etats voulant garder le statut de « bon citoyen international », sont poussés sur le plan institutionnel à se conformer aux dispositions des traités portant sur la protection des droits humains³⁸⁸. Tout mène ainsi à croire que le discours du droit international concernant les droits humains est essentiellement un discours qui tente d'asseoir une certaine morale internationale. Comme le remarque John Tasioulas : « le discours des droits humains a été élevé à l'époque récente au statut d'une *lingua franca* éthique »³⁸⁹. Nous tenterons de déceler les éléments clés sur lesquelles repose ce discours.

On s'est longtemps posé la question si à l'origine des droits figure la raison (Wolff, Kant), la civilisation (Fiore) ou la liberté (Rousseau), la doctrine est assez fertile à ce sujet. Cependant la doctrine traditionnelle est celle qui considère que les droits humains sont des droits moraux que l'on possède simplement grâce à la qualité de personne humaine³⁹⁰. A partir de cette simple déclaration ont découlé plusieurs conséquences que Gewirth ramène au nombre de quatre. Premièrement, les droits humains relèvent des caractéristiques majeures de la personne humaine et sont donc essentiels et nécessaires à son existence. Ensuite, il en découle que les droits humains sont des principes moraux, et probablement les plus importants. Troisièmement, qu'il y a une différence entre le fait que quelque chose soit essentielle et la conclusion qu'elle s'élève au rang de droit. Finalement, que chaque droit est individuel et peut ainsi être réclamé par toute personne nonobstant son environnement social et culturel³⁹¹. L'individu est « perçu dans sa qualité d'homme antérieur à la société, meilleur que la société, il est la mesure de toutes choses »³⁹². On est tenté d'ajouter un cinquième

³⁸⁷ Lea Brilmayer, « From contract to pledge : the structure of international human rights agreements », *op.cit.*, p. 171.

³⁸⁸ « The institutional model is left, then, with reputation as the primary anchor of compliance for all but those countries for which compliance is costless: States comply with human rights treaties to obtain or maintain a reputation for compliance and hence good international citizenship. In the institutional model, therefore, if countries change their behavior in response to human rights treaties, it is largely because of concern for their reputation ». Oona Hathaway, « Do human rights treaties make a difference », *The Yale Law Journal*, 2002, Vol. 111, 1935, pp. 1951- 1952.

³⁸⁹ John Tasioulas, « The moral reality of human rights », in UNESCO Poverty Project, *Ethical And Human rights dimensions of poverty: Towards a new paradigm in the fight against poverty*, Conférence tenue à All Souls College, Oxford, Mars 2003, URL:

http://portal.unesco.org/shs/en/files/4333/10892901941/jonh_Tasioulas.pdf/jonh_Tasioulas.pdf

³⁹⁰ *Ibid.* Voir aussi Allen Buchanan, *Justice, legitimacy and self-determination*, *op.cit.*, p. 122.

³⁹¹ Jozeph Raz, « Human right without foundations », in Samantha Besson, John Tasioulas, *The philosophy of international law*, *op.cit.*, p. 323.

³⁹² *Ibid.*, p. 172.

critère selon lequel la nature morale des droits fait qu'ils ont une existence normative même sans consécration institutionnelle. C'est dans ce cadre que s'inscrit le préambule de la résolution de l'Institut de droit international de Saint-Jacques-de-Compostelle de 1989 qui énonce que « les droits de l'homme,[...], cessent d'appartenir à la catégorie des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats »³⁹³. Ces derniers étant d'une valeur qui transcende les intérêts des Etats et existant par conséquent indépendamment de la mise en œuvre institutionnelle qui rentre dans le champ de leurs compétences.

Aussi, l'identification des droits humains est-elle possible simplement grâce à la raison naturelle et ordinaire, qui s'oriente à la recherche d'une vérité valable par elle-même. Ce faisant, il n'est pas nécessaire pour prouver que les droits existent de les soutenir par un quelconque processus de raison « artificielle » comme la validation culturelle ou religieuse³⁹⁴. Rawls avait proposé un développement radical quant à cette question puisqu'il a avancé la raison publique comme méthode de justification des droits humains. Pour lui la question n'est pas de trouver la justification des droits humains dans la raison naturelle et indépendante de tout contexte mais d'offrir une base qui soit acceptable par tous. Cette problématique centrale dans la réflexion de Rawls a été appliquée à la théorie des droits humains dans son manifeste pour une loi des peuples³⁹⁵. Ainsi, pour lui les soubassements des droits humains doivent se trouver dans une réflexion objective et qui prenne en considération les différences de fait dans la société internationale. Cependant, il tombe lui-même dans le piège du « parochialisme » qu'il voulait éviter en partant du postulat des sociétés libérales démocratiques, ou du moins celles qui « ne sont pas complètement déraisonnables » (not fully unreasonable)³⁹⁶. Ceci étant, ces sociétés ayant développé des doctrines pas complètement déraisonnables se trouvent à un lieu entre le complètement raisonnable (liberté de conscience acquise) et le complètement déraisonnable (aucune liberté de conscience)³⁹⁷. Ce lieu est dès lors indéterminé et le niveau

³⁹³ Assemblée plénière de l'Institut de droit international de Saint-Jacques-de-Compostelle, Résolution relative à «La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats», adoptée le 13 septembre 1989, *AIDI*, Vol. 63, N. II, 1990, p. 338.

³⁹⁴ John Tasioulas, « Human rights, legitimacy and international law », *American Journal of Jurisprudence*, 2013, Vol. 58, N. 1, p. 3.

³⁹⁵ « These rights do not depend on any particular comprehensive religious doctrine or philosophical doctrine of human nature. The Law of Peoples does not say, for example, that human beings are moral persons and have equal worth in the eyes of God; or that they have certain moral and intellectual powers that entitle them to these rights. To argue in these ways would involve religious or philosophical doctrines that many decent hierarchical peoples might reject as liberal or democratic, or as in some way distinctive of Western political tradition and prejudicial to other cultures. Still, the Law of Peoples does not deny these doctrines ». John Rawls, *The law of peoples*, *op.cit.*, p. 68.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 74.

³⁹⁷ *Ibid.*

d'acceptation des droits humains basés sur la raison publique sera tributaire de l'échelle de liberté atteinte entre les deux limites posées par Rawls. C'est par ce schéma que Rawls finit par tomber dans ce qu'il voulait éviter au départ : une multitude de conceptions des droits humains. Entre le trop plein, le trop peu et la juste dose des droits humains, on est face à une hétérogénéité difficile à surmonter.

Pour éviter les différents niveaux auxquels peut conduire le facteur de liberté, beaucoup avancent le facteur de l'égalité comme étant beaucoup plus objectif. Selon cette théorie, nous sommes tous humains et ce statut est donc détenu par tous de façon égale. L'égalité dans l'humanité est donc le facteur qui permettra à tous de saisir le fond des droits humains et le besoin, naturel, de les respecter et de les protéger. L'idée de l'égalité découle de l'individualisme, et ce dans une totale convergence avec la rhétorique des droits humains. Dans ce sens, Rousseau montre le fait que c'est en rentrant en contact social avec d'autres individus que nous ressentons le besoin de nous comparer à eux et d'évaluer notre humanité par rapport à la leur³⁹⁸. Pour accomplir cette comparaison, le contact social nous fait prendre conscience tout d'abord de notre propre individualité et de celle des autres. Par ailleurs, l'idée de l'égalité nie toute différenciation institutionnalisée des statuts. Elle recouvre les droits politiques, puisqu'elle impose que tous le monde soit égal devant la loi et qu'elle soit la même pour tous. L'égalité recouvre aussi naturellement les droits économiques et sociaux et se manifeste dans la théorie de la justice sociale. Le but est ainsi de réduire le décalage et d'atteindre la situation humaine la plus homogène possible. Mais comme le disait Voltaire : « l'égalité est donc à la fois la chose la plus naturelle et en même temps la plus chimérique » et Hayek le suivit dans ce sens pour désigner l'idée de la justice sociale de « fantôme fugace »³⁹⁹.

Pour résumer la situation des droits humains, seules les paroles toujours prophétiques de René-Jean Dupuy semblent exécuter à merveille cette tâche. Il dit à ce propos : « Ainsi se consolide l'idéologie des droits de l'homme, même si elle parle dans un univers qui ne l'écoute pas toujours. Elle est encombrante pour nombre d'Etats. Il ne fallait pas la rédiger. Désormais, elle est parole d'homme. Pour les hommes. Elle harangue tous les peuples. Elle leur adresse une promesse. Elle se veut signe. Visible pour l'humanité. Son écriture est de l'ordre de l'incarnation. On comprend pourquoi. Son ambition est de convertir. Il n'en est pas

³⁹⁸ Jean Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Hatier, 2007, p. 67.

³⁹⁹ Friedrich A. Hayek, *Droit, Législation et liberté : T1- Règles et ordre*, Paris, PUF, 1980, p. 170.

de plus vaste. Elle n'a pas à affronter que des gouvernants. Elle a pour interlocuteur toutes les cultures. Or, est-elle sûre de tenir sur l'homme un discours acceptable par toutes ? »⁴⁰⁰.

b. L'écart des discours quant à la nature du droit et des droits et son impact sur les réactions de la raison juridique concurrencée

Nous avons dès le début souligné le fait que l'idéologie juridique des valeurs est essentiellement liée à la conception du droit puisqu'elle lui assure la légitimité en faisant croire que les valeurs représentées sont essentiellement liées au droit. Cette idéologie des valeurs fait l'objet d'une sédimentation⁴⁰¹ de façon à ce que la norme soit à la fois « l'effet d'un système construit définissant une cohérence et le produit d'une construction impliquant sa légitimation »⁴⁰². Dès lors, le rôle de l'idéologie devient important pour assurer la reproduction d'une certaine représentation des interactions juridiques et sociales. Ainsi, nous avons mis en exergue l'importance de l'étude du discours juridique qui permet selon A.J Arnaud de « mesurer l'écart entre les raisons en présence dans le cas d'une polysystémie simultanée. Mais encore faut-il, pour ne pas se laisser piéger par l'idéologie, recourir à une analyse sémantique »⁴⁰³.

L'analyse que nous avons conduit à ce titre, peut se rapprocher d'une analyse sémantique puisque nous avons tenté de déconstruire le sens et la perception des notions du droit et des droits pour ce qui concerne la raison juridique islamique et celle du droit international. Ceci dit, il faut noter que la situation qui se présente ne se résume pas à une configuration de polysystémie simultanée. Certes, cette configuration se vérifie dans l'ensemble des interactions qui ont lieu de bas en haut (voir schéma supra) quand le vécu juridique se trouve refoulé par le conçu aux confins de la clandestinité. On a vu que son effet est d'une importance extrême dans la formulation des réactions du droit posé (du milieu). Ceci étant, entre la raison juridique islamique et la raison juridique du droit international, la situation se rapproche plus à celle d'une polysystémie disjonctive où il est question de coexistence des systèmes juridiques et des raisons qui les motivent. Ce rapprochement ne traduit cependant pas parfaitement la situation puisqu'on fait face à un cas d' « hétéronomie par corporation » où « en se soumettant au droit religieux, l'Etat prend l'initiative de la

⁴⁰⁰ René Jean Dupuy, *La clôture du système international*, op.cit., p. 105.

⁴⁰¹ Baudoin Dupret, « La *shari'a* comme référent législatif : Du droit positif à l'anthropologie du droit », in Jean-Noël Ferrié, Saadia Radi (dir.), *Égypte/Monde arabe*, CEDEJ, Première série, N. 25, 1996, pp. 121-175, URL : <http://ema.revues.org/844>.

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique : T1*, op.cit., p. 406.

soumission mais confère à un autre ordre normatif le pouvoir de déterminer l'objet, le corpus de la limitation »⁴⁰⁴. Dans ce sens, Rigaux traduit parfaitement la situation des Etats modernes dont le système normatif porte en lui les idées-forces de la raison juridique islamique mais les applique via le canal de la technique juridique moderne relevant d'une raison tout autre. Dans ce cadre, nous pouvons dire que nous sommes dans une configuration de polysystème conjoignante où le système normatif relevant de la raison juridique occidentale est à la fois coexistant et concurrent de la raison juridique islamique. La quête vers la stabilité du système normatif est une quête vers l'hégémonie de l'une des deux raisons en place. Seulement dans ce cas, nous pourrions nous retrouver dans la configuration de polysystème simultanée puisque l'une des deux raisons se trouvera immédiatement reléguée au champs juridique vulgaire, celui du vécu. Il est important de placer la confrontation des idéologies juridiques des valeurs dans ce contexte pour souligner qu'il ne s'agit pas d'une simple exposition des théories à ce sujet.

L'idéologie juridique des valeurs se situe au niveau de la genèse de la règle de droit et de ses applications⁴⁰⁵. Elle ramène le respect du droit au respect « de la conception du monde correspondant au passé, à l'histoire de la civilisation concernée »⁴⁰⁶. Nous avons trouvé dans le contexte de la raison juridique islamique et de celle du droit international, la vérification de la véracité de ces propos. Et nous avons pu, grâce à l'étude du discours de ces constructions juridiques, comprendre à quel imaginaire chacun d'eux faisait et fait encore référence. L'écart est en effet énorme et explique le fait que la réaction première, nonobstant le fait que tout système juridique agit initialement en préservation, soit l'autorégulation du système par le renforcement de la contrainte idéologique.

En effet, il s'agit là de confronter deux constructions juridiques aux fondements épistémiques et ontologiques substantiellement contradictoires. D'un côté, la norme qui puise sa supériorité dans la révélation et emprisonne l'évolution juridique dans un hyper-formalisme justifié par des considérations purement théologiques. D'un autre, un droit raisonné qui se base sur une argumentation purement logique et qui place au centre de ses intérêts un homme démystifié. Pour rappeler le besoin d'une analyse sémantique relevée par A.J Arnaud ; justice, éthique, légitimité, droit et droits n'ont certainement pas le même sens que l'ont se place au niveau de la raison juridique islamique ou au niveau de la raison

⁴⁰⁴ Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 205-206. Cité par Baudoin Dupret, « La *shari'a* comme référent législatif », *op.cit.*

⁴⁰⁵ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique : T1*, *op.cit.*, pp. 404- 405.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 404.

juridique du droit international qui puise ses sources dans la philosophie politique et juridique occidentale.

De plus, le fait que le droit international a viré ces dernières années vers un discours de plus en éthique, revient à empiéter sur le terrain de prédilection de la raison juridique islamique. Cette dernière avait jusque là monopolisé le versant éthique du droit dans les sociétés touchées par l'Islam, tout en faisant un compromis qui consiste à céder la technique à la raison concurrente. Le choix avait donc été fait de privilégier l'ontologique à l'épistémologique, ce qui a fait naître la configuration de polysystème conjoignant. Mais dès lors que la raison concurrente a commencé à se saisir ouvertement de toutes les facettes du discours du système juridique, l'écart s'est révélé difficile à surmonter et la réaction allergique s'est vite fait ressentir. L'idéologie juridique des valeurs promue par la raison juridique islamique a donc rejeté l'axe central du discours axiologique des droits humains.

Pour décrire la réaction en préservation basée sur le discours des valeurs, nous revenons à ce qu'a écrit le professeur Ben Achour à ce propos : « Cette ontologie (islamique) de l'homme et du droit repose sur des fondements inconciliables avec la philosophie des droits de l'homme. Cette dernière dérive d'une conception naturaliste abstraite du droit et de la dignité humaine, comme dans l'école du droit naturel, d'une vision contractualiste de la légitimité politique et de la souveraineté, comme chez Spinoza, Hobbes ou Jean-Jacques Rousseau, d'une perspective volontariste de la norme juridique et d'une conception positiviste du système juridique. Tout cela contredit la logique de l'ontologie de l'homme et du droit dans la perspective islamique. La thèse « négationniste » en est bien consciente. Attachée littéralement à cette ontologie, elle refuse de faire la moindre concession et rejette la philosophie des droits de l'homme qu'elle considère comme directement contraire aux présupposés fondamentaux de la philosophie de l'homme et du droit en islam. Dans l'esprit du fondamentaliste, qui exprime de ce point de vue, les convictions du croyant majoritaire, la philosophie des droits de l'homme constitue un début d'incroyance, voire même d'athéisme»⁴⁰⁷.

Dans sa description de la configuration des rapports entre les deux philosophies, Ben Achour décrit parfaitement l'écart des discours. Il souligne le fait que la philosophie des droits de l'homme, élément clé du discours du droit international, est l'extrême opposé de l'ontologie de l'homme et du droit qui représente pour la raison juridique islamique son

⁴⁰⁷ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., pp. 223- 224.

discours fondateur. Il relève que le rejet dépend au départ d'une question purement théologique, celle de l'incroyance, ce qui veut dire qu'il s'opère initialement dans les zones de sous-droit comme les appelait Carbonnier ou plutôt celles d'infra-droit au sens de la théorie d'A-J Arnaud. Ainsi, le rejet qui est essentiellement populaire et doctrinal⁴⁰⁸, s'étend au niveau de la législation des droits puisque ces derniers deviennent subordonnés aux critères islamiques⁴⁰⁹.

Les questions principales autour desquels se concentre le rejet des droits humains peuvent être ramenées au nombre de trois : la liberté de conscience, la question des droits de la femme, et enfin la question des sanctions pénales que nous étudierons dans le cadre du second type de contrainte exercé pour la préservation de la raison juridique du système.

Concernant ainsi la question de la liberté de conscience et de la religion, elle a été protégée par l'article 18 de la DUDH qui dit : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion: ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ». Cependant, pour la raison juridique islamique, la liberté de croyance et de conscience se pose en termes d'apostasie dont la sanction reconnue est la mise à mort, elle représente un danger en ce qu'elle constitue un trouble de l'ordre public islamique. On peut considérer dans ce sens qu'il y a une liberté religieuse à sens unique qui permet d'intégrer la religion mais pas de la quitter. A ce titre, le code pénal Soudanais de 1991 stipulait que « commet le délit d'apostasie tout musulman qui fait de la propagande pour la sortie de la nation de l'Islam (millat al-Islam) ou qui manifeste ouvertement sa propre sortie par un dire explicite ou par un acte ayant un sens absolument clair. [...]S'il persiste dans son apostasie et n'a pas été récemment converti à l'Islam, il sera puni de mort »⁴¹⁰. Etant parmi les rares à avoir explicitement traité cette question, cela ne veut pas dire qu'elle n'a pas figuré parmi les soucis des législateurs des pays islamiques. Ainsi, lors des travaux préparatoires de la constitution Egyptienne de 1953 qui n'a d'ailleurs pas aboutie, le cheikh Abd Al-Quadir Odeh avait dit à propos de la liberté de conscience : « Je ne suis pas contre la liberté de croyance, mais je ne permets pas que ces croyances (non reconnues par l'Islam) soient pratiquées, faute de quoi

⁴⁰⁸ Voir Sami Aldeeb Abu Sahlieh, *Les musulmans face aux droits de l'homme : religion & droit & politique*, Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994.

⁴⁰⁹ Vida Amirmokri, *L'Islam et les droits de l'homme : L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, Québec, Les presses de l'université de Laval, 2004, p. 23.

⁴¹⁰ Article 126, Code pénal Soudanais du 31 Janvier 1991, entré en vigueur le 20 Février 1991.

nous aurons des gens qui adoreront les vaches, sans pouvoir les interdire en raison de la constitution »⁴¹¹.

Concernant la situation de la femme, les textes ont consacré l'inégalité entre hommes et femmes, surtout en ce qui concerne le droit de la famille. Cette inégalité institutionnalisée a atteint son paroxysme par exemple dans le code des châtiments islamiques iranien où le prix du sang d'une femme est la moitié de celui d'un homme⁴¹².

Ceci étant, il ne faut pas croire que les restrictions islamiques se limitent aux thèmes classiques, ainsi la préservation par l'idéologie des valeurs tend à investir les thèmes posés par l'Etat moderne. Dans ce sens, on peut voir que la constitution de la république islamique iranienne pose le principe de la conformité des productions médiatiques et de la presse aux principes de l'islam⁴¹³, et ce en contradiction avec l'article 19 de la DUDH et du pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) qui prévoient la protection de la liberté d'opinion et d'expression.

On peut donc conclure que l'écart des discours creuse la différence entre les raisons juridiques. Pour se préserver la raison juridique islamique renforce la contrainte de son idéologie des valeurs, et s'approprie les libertés, les droits de l'homme, l'Etat, le droit. Son action négative se lie dans le rejet de la raison dont est porteur le droit international. Son action positive se trouve dans sa tendance à vouloir englober son discours, et le dépasser. Si le droit international se proclame universel, la raison juridique islamique l'est aussi et le prouve par tous les arguments possibles.

PARAGRAPHE 2 : LE CHOC DES UNIVERSALITES

Tout au long du paragraphe précédent, on avait insisté sur le fait que les discours du droit international et de la raison juridique islamique sont marqués par l'écart des conceptions au niveau de l'idéologie juridique des valeurs. Cependant, il faut savoir que cet écart ne se lit pas au niveau des ambitions des deux systèmes juridiques en question mais plutôt au niveau des constructions intellectuelles qui les soutiennent. En effet, qu'il s'agisse du droit

⁴¹¹ Sami Aldeeb Abu Sahlieh, *Manuel de droit musulman et arabe*, Centre de droit arabe et musulman, 2012, p. 167.

⁴¹² Article 300, Code des châtiments islamiques iranien du 30 Juillet 1991, entré en vigueur le 28 Novembre 1991.

⁴¹³ « Les publications et la presse jouissent de la liberté d'expression, sauf s'ils portent atteinte aux principes de l'Islam et à l'ordre public ; la Loi fixera les modalités de ce principe ». Article 24, Constitution de la République islamiques iranienne, adoptée le 24 Octobre 1979, entrée en vigueur le 3 Décembre 1979, révisée le 28 Juillet 1989.

international ou de la raison juridique islamique, nous pouvons noter la prééminence d'un langage universaliste qui tend à englober toute l'humanité. Mais, loin de représenter un terrain d'entente ou une perspective de rapprochement des points de vue, cette ambition partagée constitue un autre terrain conflictuel où la guerre de la rhétorique et des arguments est encore enclenchée.

Dès lors, face à un droit international qui ne cesse de renforcer son discours et de le centrer sur le paradigme de l'humanité et de la validité universelle (A), la raison juridique islamique déploie les efforts (doctrinaux et juridique) pour contrer ce vent de subversion venu de l'occident et préserver ainsi son essence et l'un des éléments clés qui justifient sa légitimité (B). Nous sommes encore une fois dans une situation qui a tout d'un face à face inamical. Et cette fois-ci, le choc est celui des universalités.

A. Le droit international de l'humanité : une quête incessante pour l'universalité

Parler d'un droit international de l'humanité ne relève pas d'idéalisme naïf, la question se pose aujourd'hui en des termes qui peuvent sembler beaucoup plus concrets mais qui véhiculent le même corps d'idées. On parle bien du droit global⁴¹⁴ ou encore du retour des idées cosmopolitiques de Kant⁴¹⁵, ce qui relève de l'ambition à créer une communauté de droit à laquelle se définit tout et chacun réunis sous l'emblème de l'humanité (1). Ceci étant, il est tout à fait cohérent que l'homme émerge en tant que sujet du droit international, et que ses droits revêtent eux aussi la cape de l'universalité (2).

1. Un droit international pour l'humanité : l'universalité du droit intégré dans l'humanité

Le discours du droit international a dû évoluer par la sédimentation de thèmes qui l'ont orienté vers la prise en compte de facteurs qui lui étaient tout à fait étrangers auparavant. Le regain d'intérêt pour certaines questions, auparavant classées comme extra-normatives, a permis de redéfinir les contours du droit international et de marquer son évolution. Ainsi, quand on parle aujourd'hui de morale internationale, c'est autant pour cibler les Etats que leurs citoyens. La morale internationale étant « cette partie de la morale sociale qui établit les devoirs de l'homme en tant que membre de la société internationale, soit comme gouvernant,

⁴¹⁴ Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », in Jean-Yves Chérot, Benoît Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 17-48.

⁴¹⁵ Pauline Kleingeld, « Kant's cosmopolitan order : World citizenship for a global order », *Kantian Review*, 1998, Vol. 2, pp. 72-90.

soit comme citoyen »⁴¹⁶. Cette morale n'est donc plus limitée à la « morale interétatique » mais englobe toute « la communauté mondiale »⁴¹⁷, ou plus communément « la communauté internationale ».

Selon René-Jean Dupuy, le terme d'humanité a fait son entrée dans le discours du droit international en se superposant sur celui de communauté internationale⁴¹⁸, tout en se distançant de lui. En effet, « la communauté rassemble les contemporains, l'humanité, concept interspatial et intertemporel, est faite non seulement des présents mais aussi de ceux qui viendront. Elle est un concept porteur, elle annonce la promotion et le développement des peuples. Elle soutient ainsi une série de valeurs trans ou plutôt supraculturelles qui postule la coopération entre eux pour promouvoir un monde où tous se reconnaîtraient »⁴¹⁹. Ainsi posée, on comprend que l'humanité soit un concept versé dans l'universalité et soit considérée comme une vérité, abstraction faite de la multiplicité des temps du droit international et de ses espaces⁴²⁰.

La première résultante de cette considération est, pour reprendre Dupuy, l'intégration du droit international dans l'humanité pour que les Etats, jusque là principaux acteurs, « ne se voient plus entre eux, mais en elle »⁴²¹. C'est seulement de cette manière qu'on pouvait mettre fin à la situation de l'homme « en exil dans la collectivité des Etats »⁴²².

Suivant cette logique, le concept d'humanité a teneur essentiellement morale, s'est vu transformer en une mesure juridique. On parle bien de patrimoine commun de l'humanité⁴²³ qui constitue une garantie aux plus démunis de rejoindre la marche du développement et incarne une vision solidariste du droit international. Cette notion a été entérinée par les textes à plusieurs reprises. On peut, à titre d'exemple, revenir au préambule de la convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée par la conférence générale de l'UNESCO au cours de sa 17ème session en 1972. On trouve dans ce dernier des expressions

⁴¹⁶ Antonio Truyol Y. Serra, « Théorie du droit international public : cours général », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, , Vol. 173, 1981, p. 83.

⁴¹⁷ René Coste, *Morale internationale : l'humanité à la recherche de son âme*, Tornai, Desclée, 1964. Cité par *Ibid.*, p. 84.

⁴¹⁸ René-Jean Dupuy, « Conclusions du colloque », in René-Jean Dupuy (dir.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 459.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ On peut parler d'une fragmentation des vérités en droit international par la multiplication du temps (le temps du droit humain n'étant pas aussi rapide que celui du droit économique par exemple) et de l'espace (à l'intérieur de chaque frontière une image et une application différente du droit).

⁴²¹ René-Jean Dupuy, « Conclusions du colloque », *op.cit.*, p. 461.

⁴²² René-Jean Dupuy, *Le droit international*, Paris, PUF, 1990, p. 31.

⁴²³ Article 136, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 Décembre 1982. Voir aussi : Alain Piquemal, « Un patrimoine commun de l'humanité ? », *Le monde diplomatique*, Septembre 1974.

comme le « patrimoine de tous les peuples du monde », « la protection du patrimoine culturel et naturel de valeur universelle exceptionnelle » ou encore « patrimoine mondial de l'humanité tout entière ». L'humanité au sens de l'UNESCO nécessite la prise de conscience de « l'unité du genre humain »⁴²⁴, dont la diversité constitue un patrimoine commun de l'humanité⁴²⁵. On a pu aussi parler des considérations élémentaires d'humanité, qui représentent un « ensemble d'éléments d'appréciation qui tendent à la protection des besoins fondamentaux de l'être humain »⁴²⁶. Ces dernières représentent un engagement réel des faiseurs du droit pour la concrétisation de ce droit international de l'humanité. Elles montrent aussi une orientation générale du droit vers cette perspective qui se lit dans l'implantation de cette culture via les organes judiciaires⁴²⁷. De ces considérations omniprésentes en droit international⁴²⁸ et qui placent l'homme au centre de la réflexion juridique a pu émerger, par exemple, la notion de crime contre l'humanité⁴²⁹. Cette dernière engage la responsabilité des Etats et des individus ayant commis des actes inhumains « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque »⁴³⁰. Ceci montre que le droit international œuvre pour la réalisation de ses engagements pour la paix et pour la protection de l'humanité des fléaux qui lui avaient infligé d'indicibles souffrances⁴³¹. Il essaie tant bien que mal de saisir l'humanité dans sa matérialité mais aussi en tant qu'idée. Dans ce sens, le droit ne serait plus une simple incarnation des intérêts des Etats et de leurs relations mutuelles mais devrait plutôt s'adresser à la « communauté universelle » et former une sorte de « droit commun de l'humanité »⁴³², représenter « la conscience juridique de l'humanité »⁴³³.

Que le droit cherche à saisir l'humanité dans son discours en y étant intégré ou l'intégrant tout simplement, ce paradigme constitue le chemin vers une universalité

⁴²⁴ Préambule, *Déclaration Universelle de L'UNESCO sur la diversité culturelle*, Adoptée par la conférence générale de l'UNESCO lors de 31ème session, le 2 Novembre 2001.

⁴²⁵ Article 1, *Ibid.*

⁴²⁶ Parfait Oumba, « La jurisprudence de la Cour internationale de justice », *Aspects*, Vol.2, 2008, p. 70.

⁴²⁷ « Certains principes généraux et reconnus, tels que les considérations élémentaires d'humanité, plus absolus encore en temps de paix qu'en temps de guerre ». Arrêt CIJ, *Détroit de Corfou*, 9 avril 1949, p. 21.

⁴²⁸ Antônio Augusto Cançado Trindade, « International law for humankind : towards a new jus gentium (II): General course on public international law », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 317, 2005, p. 21.

⁴²⁹ Article 5, Statut de Rome de la Cour Pénal Internationale, adopté le 17 Juillet 1998 et entré en vigueur le 1er Juillet 2002.

⁴³⁰ Article 7, *Ibid.*

⁴³¹ Préambule, Charte des Nations Unies, *op.cit.*

⁴³² Voir Clarence Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958.

⁴³³ Antonio Truyol y Serra, « L'expansion de la société internationale aux XIXe et au XXe siècles : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, , Vol. 116, 1965, p. 161.

incontestée. Car, plus le droit est à même de toucher des couches différentes d'hommes, plus il sera capable de s'appliquer de manière générale, universelle. Le droit international humanisé pourra même dépasser les barrières des Etats qui ne sont plus, dans cette perspective, que de simples canaux d'application, des figures dans une organisation hiérarchique dont la finalité est la réalisation du tryptique développé par René-Jean Dupuy dans son cours général de 1979 : la paix, le développement et les droits de l'homme⁴³⁴. Dans sa théorie, ce dernier plaide en effet pour une « humanité ouverte »⁴³⁵ qui se fonde sur un compromis entre les similitudes et la différence, et réalise une universalité qui reconnaît en chacun ses multiples versions. Une universalité ouverte aussi, si l'on peut dire, qui émerge de la dialectique des interactions humaines dans l'arène internationale.

Cette perspective du droit humanisé et à portée universelle a tellement prospéré que, déjà en 1984, on est venu à écrire que « l'homme en tant que tel doit être reconnu en droit international et l'humanité tout entière devrait se faire valoir comme sujet de droit dans ce monde multiracial et par conséquent multiculturel »⁴³⁶. La réponse consacrant la place de l'homme au centre de l'humanité ne se fit pas attendre, de sorte qu'on a pu déclarer l'homme comme étant le « premier patrimoine commun de l'humanité, [...], nouveau sujet du droit international, et patrimoine premier à préserver de la destruction massive »⁴³⁷.

Ainsi, l'intégration du droit dans l'humanité a fini par avoir comme conséquence, l'intégration de l'homme dans le droit. Du moment que le discours universaliste du droit international pour l'humanité l'avait propulsé aux devants de la scène internationale, l'émergence de l'homme en tant que sujet du droit et de devoirs⁴³⁸ était devenue irrésistible. C'est la question des droits humains, dont l'universalité est toujours contestée, qui se pose dès lors de manière virulente.

⁴³⁴ Voir René-Jean Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 165, 1979,

⁴³⁵ René-Jean Dupuy, « Conclusions du colloque », in René-Jean Dupuy (dir.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, op.cit., p. 463.

⁴³⁶ Sompong Sucharitkul, « L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain », in René-Jean Dupuy (dir.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, op.cit., p. 427

⁴³⁷ Mohammed Bedjaoui, « L'humanité en quête de paix et de développement : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 324, 2004, p. 535.

⁴³⁸ Selon René-Jean Dupuy, l'homme ne peut être sujet du droit international que s'il est pleinement destinataire des droits mais aussi acteur sur la scène internationale, c'est à dire pleinement habilité à réclamer l'application de ses droits et assumant le rang de gouvernant mondial. Il dit à ce sujet : « Si l'humanité a des droits sur l'Etat, elle en a aussi sur l'homme. Elle attend de lui notamment qu'il la respecte dans les autres personnes humaines, car toute violation de leurs droits méconnaît les siens ». René-Jean Dupuy, *L'humanité dans l'imaginaire des Nations*, Paris, Julliard, 1991, p. 283. Voir aussi : Florian Aumond, *Unité et diversité : Réflexion sur l'œuvre de René- Jean Dupuy*, op.cit., p. 532.

2. Encore les droits de l'homme

« Les droits de l'homme n'ont plus que des amis »⁴³⁹, disait Michel Villey. Et il faut dire que cette affirmation est complètement véridique puisque les droits de l'homme sont aujourd'hui érigés au rang de culte. On parle à juste titre d'avoir « foi dans les droits fondamentaux de l'homme »⁴⁴⁰. Ceci est le résultat du fait que la discipline doit sa parenté directe au concept, étudié ci-dessus, de l'humanité. Ainsi, l'émergence de l'homme dans le discours international se présente à la fois comme besoin mais aussi comme immanence. Le droit international intégré dans l'humanité ne pouvait qu'avoir l'idée de l'homme en soi, la nourrir et la protéger.

De ce fait, dès qu'on parle du nouveau statut, incontesté, de l'individu en droit international, ce sont les thèmes des droits humains et des mécanismes de leur protection qui reviennent à la table. Et pour cause, le droit des droits de l'homme dispose de l'un des plus larges arsenaux de textes parmi les branches du droit international. La Charte des Nations Unies, la DUDH et les deux pactes internationaux sur les droits de l'homme, représentent à eux seuls les piliers de cette branche. A côté, il existe un florilège de textes adressant individuellement chaque droit consacré de manière générale dans les textes sources, ce qui sert essentiellement à démontrer l'importance à part entière de chaque droit et d'en assurer la diffusion. Nous allons ultérieurement nous intéresser à la protection institutionnelle et juridique des textes dans le cadre de l'étude des réactions d'adaptation de la raison juridique islamique. Cependant, nous restons maintenant au niveau de l'appréciation de la logique interne qui précède aux textes et sur laquelle s'exerce la contrainte idéologique de la raison concurrencée. Dès lors, nous cherchons à sonder les arguments qui participent à prouver l'universalité, et donc la transcendance, des droits humains dans le discours du international.

Pour ce faire, il ne faut pas se priver de lectures car les écrits fusent sur le caractère universel des droits humains et sur les conséquences de cette universalité : l'indivisibilité, l'endogénéité des droits, leur caractère fondamental. On a même fait remonter le discours sur l'universalité au moyen âge, à la fameuse querelle des universaux. Cette dernière opposa les réalistes, qui pensaient que les universaux (concepts généraux à partir desquels dérivent toutes les vérités) existent réellement et de manière éternelle, aux conceptualistes et aux nominalistes. Les premiers voyant dans les universaux des constructions mentales humaines

⁴³⁹ Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, p. 17.

⁴⁴⁰ Préambule, Charte des Nations Unies, *op.cit.*

facilitant l'entendement, et les seconds leur nient toute vérité autre que leur qualité de mots, souffles de la voix, *flatus vocis*⁴⁴¹. L'enjeu réel de cette querelle étant d'un côté, logique et méthodologique, il consiste à déterminer les fondements internes de la pensée. D'un autre côté, il est ontologique, et pense pouvoir dériver la nature fondamentale de l'homme de certaines vérités constantes.

D'autres, inscrivent la tendance dans un passé moins lointain, et lient la philosophie de l'universalisme aux déclarations américaine d'indépendance (1776) et française des droits de l'homme et du citoyen (1789)⁴⁴². Ces dernières ayant des fondements différents, mais consacrant toutes deux une conception de l'individualité de l'homme qui est tout comptes faits, une idéologie⁴⁴³.

Cette idéologie a de plus en plus versé dans le mythe consolateur de l'homme maîtrisant son existence à travers ses droits⁴⁴⁴. Ainsi, « par l'introduction du mythe des droits de l'homme, un événement significatif se réalise : la sacralisation de l'homme et la sécularisation de Dieu. Le renversement de la réalité opère le renversement des attributs : l'homme prend la place de Dieu et vice versa »⁴⁴⁵. C'est cette réflexion autour de l'homme, des principes de la raison inscrits dans sa nature la plus pure, qui permettent d'opérer une sorte d'absolutisation de l'individu, de ses droits subjectifs et d'accommoder l'universel. Dans ce sens, il faut revenir à la déclaration de 1789 qui a été adoptée « en présence et sous les auspices de l'Être suprême », qui renvoie à un être de raison plutôt qu'à une conception théiste. Ainsi, « la Déclaration opère la sécularisation du droit. Elle commet une *hybris*, en ce sens qu'elle vise à élever l'homme à la hauteur de Dieu »⁴⁴⁶ ou plutôt à annihiler le second au profit du premier. En effet, on peut confirmer que cette conception s'est frayé un chemin dans la DUDH, même si René Cassin n'a pas failli de rappeler que cette dernière est loin d'être une « puérile imitation de la célèbre Déclaration française de 1789 »⁴⁴⁷.

⁴⁴¹ Luncien Guirlinger, « Actualité, consistance conceptuelle, genèse historique de la confrontation entre diversité culturelle et universalité des droits de l'homme », in Société Angevine de Philosophie (dir.), *Diversité culturelle et universalité des droits de l'homme*, Nantes, Cécile Defaut, 2010, pp. 10-11.

⁴⁴² Roseline Letteron, « L'universalité des droits de l'homme : apparences et réalité, L'idéologie des droits de l'homme en France et aux Etats-Unis », *AFRI*, vol. II, 2001, pp. 145, 164.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 145 et suiv.

⁴⁴⁴ Stamatios Tzitzis, « Les droits de l'homme entre le mythos et le logos », in Réseau droits fondamentaux de l'AUELF-UREF, *Les droits fondamentaux*, Journées scientifiques à Tunis, Janvier 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 204.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 206.

⁴⁴⁷ René Cassin, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 79, 1951, p. 280.

A ce niveau, on peut se rendre compte de l'idée de l'homme telle que promue par la philosophie des droits humains. Car de cette conception, se dégage une cohérence interne qui tente de répondre à la question : quel homme ?⁴⁴⁸. Ou pour être beaucoup plus précis, faut-il reprendre la question plus développée de André Malraux qui disait : « la notion d'homme a-t-elle un sens ? Autrement dit, sous les croyances et les mythes , et surtout sous la multiplicité des structures mentales, peut-on isoler une donnée permanente, valable à travers tous les lieux et à travers l'histoire, sur quoi puisse se fonder la notion d'homme ? »⁴⁴⁹.

En effet, l'absolutisation de l'individu opérée par la philosophie des droits de l'homme laisse place à une croyance en l'unicité, pas celle des cultures et des points de vue, mais plutôt l'unicité de l'attribut le plus basique, celui de l'humanité, elle même étant le pilier de l'universalité. Quel homme alors pour les droits humains ? La réponse serait d'affirmer que c'est celui qui s'intègre dans l'humanité. Ceci est le postulat élémentaire.

On a vu que, même ceux qui ont essayé de formuler des justifications cohérentistes et rationnelles des droits humains en se chargeant de démontrer que ces derniers sont des principes pratiques, présument que l'existence d'un consensus préalable est nécessaire pour que la justification rationnelle soit recevable⁴⁵⁰. Ce présupposé central est l'humanité au sein de laquelle évolue un homme démiurge, déterminé de se libérer de son exil. Nous ne manquerons pas, dans ce contexte, de citer Ricœur qui admet que : « à toute époque dans toute culture, une plainte, un cri, un proverbe, une chanson, un conte, un traité de sagesse ont dit le message : si le concept des droits de l'homme n'est pas universel, il n'y en a pas moins chez tous les hommes, dans toutes les cultures, le besoin, l'attente, le sens de ces droits. L'exigence a toujours été que quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est humain »⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Georges Vedel, « Les droits de l'homme : Quels droits ? Quel homme ? », in mélanges René-Jean Dupuy, *Humanité et droit international*, op.cit., pp. 349- 362.

⁴⁴⁹ Luncien Guirlinger, « Actualité, consistance conceptuelle, genèse historique de la confrontation entre diversité culturelle et universalité des droits de l'homme », op.cit., p. 16.

⁴⁵⁰ « Nous pouvons justifier rationnellement les droits fondamentaux. Notre justification présuppose pourtant l'acceptation d'autres idées qui présupposent nécessairement des droits fondamentaux ». Thomas Gil, « Entre le dogmatisme et l'historicisme : La justification rationnelle des droits fondamentaux », in Réseau droits fondamentaux de l'AUFELF-UREF, *Les droits fondamentaux*, op.cit., p. 161.

⁴⁵¹ Paul Ricœur, « Pour l'être humain du seul fait qu'il est humain », in *Enjeux des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1988, p. 236.

B. L'universalité contestée par la raison juridique islamique : l'impossible compromis ?

L'analyse discursive de la raison juridique islamique permet de relever la résistance au droit international qui, en se saisissant de l'homme, prône l'instauration d'un ordre social nouveau. Il est vrai que quand on parle de la question de conformité des droits humains aux préceptes consensuels dans le champ de la raison juridique islamique, on est capable de recenser trois thèses. La première thèse est celle de l'opposition insurmontable à cause de la contradiction des visions. La seconde est celle du compromis possible grâce à la découverte ou plutôt le modelage des règles du droit musulman pour qu'elles soient conformes au discours des droits humains. Enfin, la dernière thèse est médiane, elle n'est destructrice ni apologétique mais tente de décrire la situation d'une manière pragmatique⁴⁵². La théorie de la raison juridique pose le problème d'une manière différente en statuant que les thèses mentionnées ne sont pas des vérités indépendantes ou des fatalités inchangeables. En effet, ces positions peuvent dans le cadre de la théorie de la raison juridique se succéder ou se superposer, pourvu que le système juridique en question atteigne une forme de stabilité où il est en mesure d'assurer la continuité des interactions juridiques conformes entre les destinataires du droit. Ces thèses deviennent donc des réactions réfléchies du système qui déploie ses armes, pour protéger sa raison juridique de la disparition. Nous pensons que le cas le plus simple est celui d'une succession des réactions qui fait que, premièrement, le système juridique tentera de radicaliser le discours autour d'éléments collectés dans l'authenticité de sa raison juridique. Si la tentative échoue, il cherchera ensuite à s'adapter en assouplissant le discours. La superposition des réactions peut aussi être perceptible. C'est bel est bien le cas quand le discours juridique agit dans la préservation alors que la technique œuvre pour l'adaptation, chose à laquelle nous reviendrons ultérieurement.

Par conséquent, il ne faut pas perdre d'esprit que l'incompatibilité étudiée dans ce cadre ne peut être assimilée à une prise de position ou à la croyance que les droits se référant à une raison juridique islamique sont condamnés au refus primaire. Nous cherchons en effet à relever dans le discours sur les droits humains les éléments qui s'attachent à l'idéologie juridique des valeurs et qui serviront à baliser d'en bas la légitimité du système juridique, ce qui le renforcera contre les attaques venant de haut. Ainsi, c'est les arguments présentés dans

⁴⁵² Slim Laghmani, « Pensées musulmanes et théorie des droits de l'homme », in Réseau droits fondamentaux de l'AUELF-UREF, *Les droits fondamentaux*, op.cit., p. 148.

le cadre de la logique des droits humains qui subiront la pression du discours « destructeur ». On peut dire que c'est bel et bien, une guerre des rhétoriques.

1. L'incompatibilité du discours de la philosophie des droits humain avec la raison juridique islamique

Quand il s'agit de s'attaquer à la question de la place réservée à l'homme dans les pays musulmans, et notamment à celle de ses droits, il faut revenir au discours ontologique, devenu idéologique, de la raison juridique islamique. Pour ce faire, il paraît important de reprendre là où on s'est arrêté pendant l'étape précédente. Ceci revient à reposer la question : quel homme est celui de la raison juridique islamique ? quelle est sa nature ?

Il faudra encore une fois revenir aux textes à portée théo-juridique pour y trouver que ce qui fait l'humanité en islam, ce n'est pas une nature inhérente à l'homme, ni le fait qu'il soit à l'image du divin, mais plutôt la relation de soumission qui le lie à ce dernier⁴⁵³. La nature de l'homme n'est donc pas de son essence mais plutôt dérivative de ses obligations envers le divin. L'homme porte en effet le fardeau de deux sortes d'obligations, celle d'adorer Dieu et celle de poursuivre le droit chemin en se conformant à la moralité qu'il a prescrit. Ainsi, « au plan métaphysique, les hommes sont fondamentalement égaux, par une équivalente servitude à l'égard de Dieu »⁴⁵⁴.

Plus encore, aucun sens de la liberté ne peut se réaliser hors du cadre de cette servitude et cette soumission puisque « l'homme a été créé versatile : timide lorsque le malheur l'atteint, violent lorsqu'il est heureux ; à l'exception de ceux qui prient »⁴⁵⁵. Ainsi, c'est seulement dans la conformité aux vœux divins que l'homme acquiert la possibilité de transcender ses limitations innées et jouit de la liberté qui en découle. C'est une liberté dans la servitude⁴⁵⁶ qui inscrit l'homme dans un cadre qui valorise le devoir plutôt que le sens du droit. Dans ce sens, de Souza Santos écrit que « l'*umma* survalorise les devoirs au détriment des droits et, pour cette raison, est tenu de tolérer par ailleurs des inégalités aberrantes, comme l'inégalité entre hommes et femmes et entre musulmans et non-musulmans »⁴⁵⁷.

Il en ressort que le face à face entre les droits humains au sens moderne et ceux promus par les textes fondateurs de la raison juridique islamique, implique un conflit ouvert. D'un

⁴⁵³ Shabbir Akhtar, *The Quran and the secular mind : A philosophy of Islam*, New York, Routledge, 2008,

⁴⁵⁴ Marcel Boisard, *L'Humanisme de l'islam*, Paris Albin Michel, 1979, p. 99.

⁴⁵⁵ *Coran*, Sourate 70:19-22, *op.cit.*, p. 766.

⁴⁵⁶ Marcel Boisard, *L'Humanisme de l'islam*, *op.cit.*, p. 96.

⁴⁵⁷ Boaventura de Souza Santos, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Droits et sociétés*, 1997, N. 35, p. 91.

côté, nous avons une conception qui s'est affranchi de l'autorité divine, a séparé l'homme de toute racine transcendantale ou sociétale et le conçoit dans son individualité propre⁴⁵⁸. Et de l'autre, nous nous trouvons face à une théorie qui conçoit l'homme dans sa situation de croyant prosterné et avançant dans le seul but de réaliser un salut désintéressé et totalement tourné vers la satisfaction de l'ordre divin. Comme le remarque le Professeur Ben Achour, ce conflit ouvert est celui qui a lieu entre les droits de l'homme et les droits de Dieu⁴⁵⁹.

Mais alors qu'il devient facile de placer l'homme des droits de l'homme dans une perspective d'un humanisme universel, l'homme des droits de Dieu s'intègre plutôt dans la « fidéocratie » qui requiert une universalité beaucoup plus restreinte. Cette expression peut en effet paraître antinomique, mais elle revêt dans le cadre de la raison juridique islamique un sens tout à fait cohérent. Le facteur de ralliement n'étant plus le genre humain mais l'allégeance à un Dieu commun. Ainsi, même lorsque le discours implique la notion d'humanité, la mesure de cette dernière reste la conformité à l'ordre moral imposé par Dieu⁴⁶⁰. Nous avons donc affaire à un critère métaphysique qui s'impose seulement dès lors qu'on intègre cette communauté de foi. De la même façon que le principal dérogerait au général, cette universalité restreinte se propose de faire barrière à toute universalité qui prenne en compte l'humain en sa généralité et omet de le contextualiser. Comme le dit le professeur Ben Achour : « L'esprit religieux en contexte islamique, promoteur incontestable de l'idée de l'homme, ne peut aller jusqu'au bout d'une logique de l'humain. Sa structure de pensée l'en empêche, et c'est ce qui le sépare fondamentalement la doctrine moderne des droits de l'homme. L'un sépare l'ontologie et la législation, tout en pouvant respecter une doctrine croyante, l'autre refuse de séparer l'être de sa loi. L'une revendique une législation et des principes universels pour tous, l'autre admet les principes mais refuse la législation. Ici, hommes et femmes sont égaux au paradis des immortels et des mortels sur la terre, là, ils sont égaux uniquement au paradis (et encore) »⁴⁶¹.

Alors, au niveau de la structure et de la logique, la rupture est palpable entre les deux camps. Non seulement l'homme en question est différent, mais c'est surtout la clôture de la

⁴⁵⁸ Boaventura de Souza Santos, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 91.

⁴⁵⁹ Yadh Ben Achour, *La deuxième fatiha*, *op.cit.*, p. 73

⁴⁶⁰ « This means that there is only precedence on the basis of religion and piety, for it is not true that some men are created from silver and others from stone or mud. No all human beings are equal » Abu Al-A'laa Al-Mawdoudi, *Al-Houkouma Al-Islamiya (le gouvernement islamique)*, le Caire, p. 264. Cité par Ruud Peters, « Islamic law and human rights : A contribution to an ongoing debate », *Recht van de Islam*, Vol. 15, 1998, p. 11.

⁴⁶¹ Yadh Ben Achour, *op.cit.*, p. 82.

communauté dans laquelle il s'intègre qui pose problème. Cette dernière, étant hermétique, ne se permettra d'adopter le discours des droits humains que s'il vient de l'intérieur de sa structure et que s'il s'inscrit dans sa cohérence discursive. Nous avons déjà vu que l'attachement aux textes était tellement fort qu'il fallait, paradoxalement, y puiser les arguments qui serviraient à les dépasser. Ceci reste vrai pour la question des droits humains qui, en essayant de trouver un terrain d'entente avec la raison juridique islamique à partir des référents de cette dernière, se heurte souvent à des contre-sens ou tombe dans le discours apologétique. Cette obligation de preuve « auto-référentielle »⁴⁶², imposée par la logique juridique islamique, renforce l'impact de la réaction en préservation du système juridique puisque les discours d'adaptation peuvent sembler surfaits et artificiels. Au niveau du discours protectionniste du système juridique, ces points de rupture sont rapidement récupérés pour formuler une réponse à la raison conquérante dont est porteur le droit international des droits humains.

2. Les manifestations de la rupture

En scrutant les manifestations de la rupture qui a lieu entre la conception de l'homme dans la raison juridique islamique et celle promue par la philosophie des droits humains, il faut revenir aux discours nouvellement formulés et qui reprennent les contradictions de fond pour les instrumentaliser dans le cadre de la préservation. Il va de soi qu'il ne s'agit pas tout simplement de discours destructeur qui juge un discours moderne au moyen du focal de la tradition juridique islamique orthodoxe. Cette récupération des contradictions ontologiques s'inscrit plutôt dans le cadre d'une stratégie d'un système juridique « intelligent », et qui ne se résout pas au mutisme face à la distillation du paradigme conquérant des droits humains en son propre sein et dans la conscience des groupes qu'il est sensé contrôler. Au lieu de considérer les discours réactionnaires comme des produits d'une réflexion archaïque, il faut donc s'ouvrir à l'idée d'y voir la marque d'un système juridique qui puise dans sa raison juridique les arguments idéologiques lui permettant de résister à l'adversité du dedans et de l'extérieur, afin d'assurer sa survie.

Les formes de discours qui ont vu le jour en consécration de ces contradictions, le Professeur Ben Achour les a ramenés à juste titre au nombre de trois : le discours historiciste, le discours naturaliste et le discours culturaliste⁴⁶³. L'auteur ne manque pas de les qualifier de

⁴⁶² Yadh Ben Achour, *La deuxième fatiha*, op.cit., p. 51.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 95.

défis devant être relevés pour que la culture des droits humains puisse être propagée, ce qui prouve à quel point l'idéologie juridique des valeurs a imposé son joug à travers des arguments puisés dans une authenticité fantasmée. Les axes relevés par l'auteur sont des moyens privilégiés par l'idéologie des valeurs pour instiller ses composantes dans les consciences et donner au droit sa forme désirée. D'ailleurs, il est à notre sens vain de vouloir isoler le droit des considérations historique, culturelle ou naturaliste, puisque celles-ci mêmes représentent les piliers qui assoient son potentiel d'acceptation. Aussi, ces éléments sont-ils essentiels à la formulation de la notion d'ordre social que le droit est sensé reproduire, protéger et perdurer. En relevant ces éléments que la raison juridique islamique produit pour sa propre préservation, et même si Ben Achour n'a pas présenté ces idées dans ce contexte, l'auteur prouve le pouvoir du discours juridique et son importance, et ce malgré le statut para-juridique qu'on accorde souvent à cette discipline.

Ainsi, le premier défi déterminé par le Professeur Ben Achour est celui de l'historicisme qu'il définit comme étant « la philosophie qui détermine ou justifie les normes de comportement à partir de la seule expérience historique »⁴⁶⁴. Autrement dit, l'historicisme place le critère de la légitimité juridique des normes, en termes des valeurs qu'elles propagent, dans un développement temporel spécifique qui valorise la sédimentation des faits historiques produits par un contexte donné.

La première manifestation de l'historicisme, dans sa forme la plus simple, serait donc de soutenir que les valeurs et les normes sont en obligation de trouver leurs origines dans l'histoire qui constitue leur point d'ancrage. Par ailleurs, on peut aussi le voir dans une forme de sanctification du passé et du futur. « Cela a toujours été comme ça », est l'incarnation de cette forme d'historicisme. Dès lors, peut importe s'il incarne un sens de la justice ou une moralité dont laquelle la communauté se reconnaît, le droit perdure puisqu'il est vainqueur. Ben Achour, pense que cette forme ouvre le chemin vers le relativisme⁴⁶⁵. Le concept de relativisme se « réfère, à l'origine, à la réalité indisputable que, entre les sociétés, les pratiques sociales et les valeurs, y compris celles qui s'attachent aux lois. Ceci [...] laisse ouverte, la possibilité de juger qu'une culture est meilleure qu'une autre, ou est son égal »⁴⁶⁶. Par voie de

⁴⁶⁴ Yadh Ben Achour, *La deuxième fatiha*, op.cit., p.96.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁶⁶ « In origin, the concept of cultural relativism referred to the indisputable reality that, as between societies, social practices and values, including ones pertaining to law, have varied. This is, in itself, an observation without ethical import. leaving open the judgement that one culture is better than another, or that they are of

conséquence, le relativisme donne lieu à la réécriture constante de l'histoire sans pouvoir atteindre un consensus sur des principes communs. Ces derniers étant constamment interprétés selon un point de vue spécifique et donc dépendant des subjectivités de chacun. Les principes communs seront morcelés en différents modèles qui s'ajustent aux différents champs de validité. Dans ce sens, « l'idée de progrès se trouve donc invalidée »⁴⁶⁷. On pourra ajouter que l'historicisme participe à propulser les traditions aux rangs de normes, tout en liant à tort leur origine à l'assise juridique, qui est dans notre cas la religion. La tradition est donc promue au rang de mythe fondateur qu'il devient inconcevable d'outrepasser. Dans une perspective historiciste, les droits humains sont perçus comme occidentalisation, un parcours historique qui tente d'élargir sa géographie. Un retour aux fondements de cette histoire a donc lieu et fait que « l'historicisme en pays d'islam revient à valoriser la société religieuse et rejoint fatalement le culturalisme »⁴⁶⁸.

Le culturalisme revient en effet à revendiquer que le droit doit trouver son origine dans un environnement culturel ou être une réponse à des demandes spécifiques formulées sous l'impulsion de ce dernier. En ce sens, il se rapproche énormément de l'historicisme. Mais nous pourrions avancer que le culturalisme est beaucoup moins essentialiste que l'historicisme et beaucoup plus circonscrit dans le temps, même si on ne manquera pas de rappeler qu'ils aboutissent aux mêmes résultats. Le culturalisme a été pendant la période de décolonisation et de la construction des Etats nouveaux, l'un des plus forts crédos des pays dont la raison juridique relève de l'islam. Ceci étant, avec l'influence de plus en plus accrue des droits humains, il a été utilisé pour dénaturer ces droits, soit disant en leur donnant une forme qui sied aux besoins culturels islamiques. Nous reviendrons à ce sujet ultérieurement.

Reste enfin à adresser la question du naturalisme que Ben Achour distingue du droit naturel⁴⁶⁹. Loin de revenir aux idées de la justice, des droits inhérents et de la raison relevés par le thème du droit naturel ; il s'agit de consacrer une conception des droits qui se base sur les différences biologiques⁴⁷⁰. La construction juridique devient en quelque sorte le produit de cet état de nature. Ainsi, la tutelle imposée à la femme et la protection dont elle « jouit » deviennent le résultat du fait qu'elle soit physiquement moins robuste que l'homme, et

equal worth ». Fred Halliday, « Relativism and universalism in human rights: The case of the Islamic middle east », *Political Studies*, Vol. 43, 1995, p. 163.

⁴⁶⁷ Yadh Ben Achour, *La deuxième fatiha*, op.cit., p. 97.

⁴⁶⁸ Yadh Ben Achour, *La deuxième fatiha*, op.cit., p. 99.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 100.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 103.

psychologiquement moins stable. Cette interprétation de la nature est entourée d'un halo de raison, puisqu'elle est présentée comme étant logique, mais elle intègre aussi le prisme du sacré du moment qu'elle semble consacrer l'ordre divin. Le naturalisme islamique s'oriente presque entièrement vers la femme, dont l'infériorité devient formelle grâce aux institutions du mariage, de la tutelle matrimoniale qui lui est imposée (*wilaya*) et bien d'autres formes juridiques de discrimination. Il va de soi d'affirmer le fait que le naturalisme puisse être dangereux, c'est bien à ce titre qu'ont été justifiés l'esclavage et la ségrégation raciale qui ont donné lieu aux plus grandes abominations de l'histoire. Ceci étant, le fait que ces phénomènes ont tellement duré pendant le cours de l'histoire montre leur efficacité à rallier les esprits.

En bref, les développements du Professeur Ben Achour sur ces défis ou, comme nous les appelons, les discours de préservation revêtent un grand intérêt. L'auteur classe à juste titre les formes de discours dans lesquels la raison juridique islamique tire la légitimité pour se protéger et démontre les effets de cette classification. L'historicisme, tout comme le naturalisme et le culturalisme expriment l'idée selon laquelle le droit se doit de décrire l'ordre social et de le maintenir. Bien évidemment, l'histoire en tant que point de vue, la culture en tant qu'identité et vecteur de reconnaissance, et la conception des rapports sociaux constituent les piliers de tout ordre social. Ainsi, il est tout à fait compréhensible que le droit aille y chercher les arguments pour préserver son authenticité.

Pour revenir à l'idéologie juridique des valeurs utilisées par la raison juridique islamique, il a été montré que cette dernière compte beaucoup sur son ancrage dans la tradition de l'islam, qui offre la légitimité ontologique, mais aussi juridique. Pour préserver le système présent contre les concurrences, l'idéologie juridique permet d'installer, selon les procédés que nous avons avancés, la croyance que le droit est lié strictement à une certaine conception des valeurs. L'atout de la raison juridique islamique, qui détient l'argument du sacré et du religieux, est de faire croire aussi que la sanction au dépassement de ces valeurs, n'aura pas simplement pour résultat le chamboulement de l'ordre social mais aussi la sanction dans l'au-delà.

Cette sanction ne concerne manifestement pas seulement les destinataires du droit mais aussi ses diseurs, qui se trouvent eux aussi au centre du discours idéologique. La légitimité du gouvernant découle du fait qu'il impose le seul droit juste et les normes qu'il instaure ont donc force obligatoire.

Il convient ainsi, après avoir développé l'impact de l'idéologie juridique des valeurs, de passer à l'étude de l'idéologie juridique de l'obligatoire et de son effet sur la préservation du système juridique concurrencé.

SECTION II : L'IDEOLOGIE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION :

CONDITIONS POUR UN DROIT LEGITIME

L'idéologie juridique de l'obligation s'inscrit dans le second type de contrainte utilisée par la raison juridique afin de se préserver contre le facteur de menace. Il est vrai que « la contrainte s'exerce sur les individus dès le plus jeune âge par l'inculcation, partant de l'imprégnation progressive dans leur cerveau, non seulement de l'idéologie des valeurs, mais encore de celle l'obligatoire, et du lien existant entre elles deux »⁴⁷¹. Ainsi, une fois que le droit construit un discours où on installe l'idée qu'il est l'incarnation de valeurs précises, jusqu'à parfois fondre dans l'idéologie et finir par s'identifier complètement à elle. La seconde étape consiste à forger une idée de l'obligation du droit. Mais sur quelle base irait-on justifier la force obligatoire de ce droit ?

Etant une figure idéologisée de ce que doit être une représentation sociale, le droit n'est plus simplement obligatoire parce qu'il est posé, mais parce qu'il a été posé d'une manière telle qu'elle se conforme aux représentations qu'on se fait du détenteur du pouvoir. Là, on prend en compte des considérations comme celle de la légitimité de l'autorité qui est en charge d'imposer le droit. Si le droit est lié en même temps aux valeurs et qu'il est imposé par une autorité légitime, il devient en quelque sorte mystifié et protégé, non pas par sa forme de droit posé, mais plutôt par l'image qu'il semble lui même protéger et promouvoir.

A.J Arnaud part dans la constitution de sa théorie de l'exemple du droit qui tire sa raison de la philosophie juridique et politique occidentale. Il s'agit donc pour lui de penser à la manière dont le droit purement formel construit l'idée de l'obligatoire. Il écrit, « Ni la loi du milieu, ni la loi religieuse n'ayant en l'occurrence, la qualité de droit imposé, l'approche par l'intermédiaire des sanctions ne permet pas de lier spécifiquement l'obligatoire au droit. Alors quelle autre raison ? Parce que le droit est posé par l'autorité légitime ? Ici apparaît une nouvelle forme de l'idéologie juridique, celle de la légitimité. Le droit devrait être respecté pour cette raison qu'il a été édicté par l'autorité légitime »⁴⁷². Ainsi, il considère que le droit religieux ou la « loi du milieu » confortent leur position à cause du pouvoir de sanctionner les dérives, ce qui est certainement vrai mais réducteur.

⁴⁷¹ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique : T1, op.cit.*, p. 311.

⁴⁷² *Ibid.*

Dans le cas de la raison juridique islamique, qui a atteint un niveau d'hybridité complexe à cause des transformations qu'elle a connu, il s'agit à la fois d'un droit imposé et d'un droit qui existe comme une sorte d'atome libre. Dès lors que nous nous intéressons à sa forme de droit imposé, nous pouvons affirmer que la conclusion d'A.J Arnaud est aussi valable pour le droit religieux imposé. Ce dernier doit lui aussi, malgré l'assise que fournit l'idée de sanction purement religieuse, prouver qu'il est obligatoire en démontrant que l'autorité qui l'a posé est la seule qui est habilitée à le faire.

Ainsi, il s'agit de puiser dans la raison juridique les éléments fondamentaux sur lesquels se base le pouvoir, y trouver une source de légitimité puis s'y adosser pour prouver la légitimité du pouvoir (Paragraphe 1). C'est seulement de cette manière que le système juridique se permettra de réfuter les caractéristiques du pouvoir tel que promu dans l'esprit du droit international (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1: LES FONDEMENTS DU POUVOIR ET DE LA LEGITIMITE

Il n'est pas question dans ce paragraphe de revoir l'histoire du pouvoir et de la politique en Islam à proprement parler, même si cette dernière a largement participé à la formation d'un dogme juridique autour de questions politiques et a donné naissance aux deux théories majeurs du pouvoir : celle de l'*imamat* pour les chiites duodécimains et celle de la *khilafa* pour les sunnites. La lecture de l'histoire politique de l'Islam montre qu'il s'agit pour la plupart des auteurs de revêtir des événements clés du voile de la foi et les interpréter à partir de cette perspective, comme pour tous les autres domaines d'ailleurs. Le récit et l'angle de vue qui ont en résulté, ont permis de créer les discours de validation des systèmes juridiques qui allaient prendre place suite à ce grand clivage. La bataille de *Ciffin*, la bataille du chameau, la scène de l'arbitrage, la bataille de *Karbala'*, l'avènement de la dynastie omeyyade sont autant de moments historiques qui ont constitué les étapes vers le grand schisme et qui ont orienté les analyses et les méthodes juridiques, mais aussi le discours sur le pouvoir vers deux chemins oh combien différents⁴⁷³. Depuis, les deux théories forment une orthodoxie dans leurs champs de validité respectifs et ont donné lieu, à notre époque moderne, à des régimes juridiques et politiques distincts. Nous pensons bien au régime de *wilayat faqih* en Iran qui représente une perspective fidèle à la théorie de l'*imamat*, mais aussi aux

⁴⁷³ Voir Hichem Djaït, *La grande discorde*, Paris, Gallimard, 1989.

mouvements politiques islamique qu'à connu le monde sunnite et qui ont donné naissance aux diverses théories portant l'idée de l'Etat islamique.

Les théories du pouvoir ont ceci d'important qu'elles guident l'action législative mais forment aussi une assise qui permet de justifier, légitimer et faciliter la mise en place du système juridique conséquent. La théorie des fondements du pouvoir dans la raison juridique islamique ne peut pas simplement être assimilée à une étude de critique historique, même si le besoin se fait urgent à notre avis, puisqu'elle continue aujourd'hui à constituer la base des discours politiques sur la forme du pouvoir (A). Ainsi, même si les transformations juridiques et les mouvements d'acculturation ont fait que la raison juridique islamique se fonde dans le moule de l'Etat moderne, cette dernière continue d'être un être animé par sa propre philosophie et qui résiste à l'incorporation entière d'une philosophie diamétralement opposée (B).

A. Les fondements de la légitimité du pouvoir dans la raison juridique islamique

Tout comme la théorie du droit, la théorie politique à la base de la raison juridique islamique endosse la fonction de la reproduction de l'ordre divin. Ainsi, le détenteur du pouvoir n'est pas lui-même faiseur du droit, mais gardien du droit divin, veillant à son application. Justice, ordre social, vertu, sont aux centres des principes qui font que le pouvoir politique protecteur de la théologie devienne une obligation pour assurer la bonne marche du droit et de ses destinataires vers l'au-delà. De toutes ces considérations, a éclot le concept historique de *Khilafa Islamiya*, ou l'Etat islamique dans son acception moderne, qui se réclame de principes spécifiques répondant aux obligations qui découlent de sa nature.

1. Le discours sur la nature du pouvoir

Malgré le fait que le mode de désignation du chef de la communauté diffère selon que l'on se place au niveau de la théorie sunnite qui privilégie le droit naturel de l'homme à l'accession au pouvoir, soutenu par l'élite des savants (*Ahl al hal wal aqd*) ou par succession (*ahd*)⁴⁷⁴, ou de la théorie chiite qui préconise un gouvernement de droit divin. Il y a accord que l'instauration du pouvoir protecteur de l'ordre divin est nécessaire voire même obligatoire.

⁴⁷⁴ Abu Al-Hassan Al-Mawardi, *Al-Ahkam Al-Sultaniya (Les statuts de la souveraineté)*, Koweït, Editions Dar Ibn Koutaiba, 1989, p. 6.

Pour la tradition sunnite, l'institution du pouvoir selon les modalités susmentionnées relève d'une obligation divine. Pour les chiites, l'autorité relève d'un ordre métaphysique et constitue un pilier de la religion. Le gouvernant de droit divin, descendant de la lignée du prophète (*al al-bayt*) est exempté de l'erreur (*ma'asoum*), « exprime la réalité juridique telle qu'elle se présente dans le savoir de Dieu »⁴⁷⁵. A ce titre, il se présente comme la voie vers le divin, une grâce (*lutf*) accordée par Dieu à ses hommes.

Cette construction du politique tourne autour de deux présupposés principaux. Le premier étant celui qui assume la présence du pouvoir comme un besoin naturel. Le second, est que ce dernier n'est dépositaire du droit de gouverner que dans la mesure où il applique le droit divin. L'Etat dans sa forme islamique est en quelque sorte dépossédé de sa prérogative de dire le droit, il en est juste l'apporteur.

a. Le pouvoir institué : besoin naturel et obligation divine

Au départ de cette idée se retrouve une conception de la nature de l'homme. Rappelons ce que nous avons avancé par rapport à la nature de l'homme hésitant et méconduit par ses instincts incontrôlables. Ibn Adiy écrit à ce sujet que « les hommes sont marqués au cœur par la méchanceté et qu'ils se laissent emporter par leurs passions »⁴⁷⁶ et conclut que « il n'est pas d'autres remèdes que les lois religieuses (*sharâ'i*), les coutumes consacrées (*sunan*), les trouvailles heureuses des hommes politiques (*siyasat*). Grande est l'utilité des rois quand ces derniers ont une conduite juste »⁴⁷⁷.

De ce point de vue, la nature de l'homme ne permet nullement d'atteindre le dessein divin opéré par la raison juridique et l'existence du gouverneur devient une nécessité du moment qu'il suppose protéger l'ordre social de la décadence de l'homme et une obligation divine puisque cette protection implique que le gouverneur veille sur l'application stricte du droit religieux.

Ainsi, l'homme individu étant incapable de marcher seul vers le salut, il faut le considérer dans le cadre de la communauté qui puisse l'aider à dépasser ses limites naturelles. On peut lire à ce sujet que « l'islam s'intéresse à l'individu en tant que membre indivis de la communauté, de façon à ce que cet intérêt préserve la communauté. Et il s'intéresse en même

⁴⁷⁵ Mohamed Ali Taskhiri, *Hawla a-dostour al-islami fi mawadihi al-a'ama* (Sur la constitution islamique dans ses règles générales), Téhéran, Fédération de la culture et des relations islamiques, 1997, p. 41.

⁴⁷⁶ Jean-Claude Vadet, *Les idées morales dans l'islam*, Paris, PUF, 1995, p. 209. Cité par Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie Sunnite*, op.cit., p. 56.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

temps à la communauté, non comme étant un tout sans parties, mais comme un tout ayant des parties, qui sont les individus ; et c'est cet intérêt qui les préserve »⁴⁷⁸.

Les piliers de cet ordre de la communauté peuvent être comptabilisés au nombre de huit. On parle de la protection de la progéniture (l'interdiction des relations hors du cadre du mariage), de la raison (l'interdiction de l'alcool), de la dignité humaine (l'interdiction de la diffamation), la protection de l'intégrité physique (l'interdiction du meurtre), de la propriété (interdiction du vol), de la religion (interdiction de l'apostasie), de la sécurité, et enfin de l'Etat (obligation d'observer la justice)⁴⁷⁹. On les retrouve d'ailleurs dans plusieurs écrits qui font de la première obligation du gouverneur, la protection de la communauté contre les vices de ses membres et la protection des membres d'eux mêmes⁴⁸⁰.

Dès lors, « l'ordre social, dimension civilisatrice de l'humain, est donc une contre-nature, instaurée par le divin. Dans une dialectique de l'instauration divine et de la désinstauration humaine des choses et de l'ordre, la répression et la loi apparaissent comme des formes de contre-violence restauratrice »⁴⁸¹. L'autorité politique s'inscrit dans ce contexte de contrainte de d'unification de la communauté par le biais du droit. On revient d'ailleurs souvent à la métaphore du livre, de la balance et du fer⁴⁸² qui représentent les moyens accordés au détenteur du pouvoir pour s'acquitter de sa mission. Le fer renvoie bel et bien à la contrainte et aux peines.

Ainsi, de par son rôle important, et même si elle ne fait pas intrinsèquement partie de la foi, l'autorité peut être considérée comme une fonction nécessaire à son instauration. Elle fait partie des moyens, et non pas des buts de la révélation⁴⁸³.

De cette conception du pouvoir, découlent plusieurs conséquences. La première est l'icônicité du détenteur de l'autorité qui est comme un père pour la communauté, veillant à l'éduquer et à redresser ses torts⁴⁸⁴. Sa légitimité est doublement scellée par le statut moralisateur et paternaliste. Ensuite, ont vu le jour des théories juridiquement argumentées

⁴⁷⁸ Atef A-zzine, *Liman al-hokm ? Lellah am lel-ensan, lé-char' am lel-aql ? (A qui le pouvoir? A Dieu ou à l'homme, à la révélation ou à la raison ?)*, Beyrouth, Société internationale du livre, 1989, p. 198.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Voir : Ibn Taymiya, *A-siyassa a-chhari'a (la politique juridique)*, Beyrouth, Maison nouveaux horizons, 1983. Abu Al-Hassan Al-Mawardi, *Al-Ahkam Al-Sultaniya*, op.cit.

⁴⁸¹ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., p. 57.

⁴⁸² Ibn Taymeya, *Al-khilafa wal molk (Le califat et le pouvoir)*, Jordanie, Editions Al-Manar, 2ème ed., 1994, p. 41.

⁴⁸³ Rached Al-Ghanouchi, *Al-huriyaat Al-a'amma fi dawla al-islamya (Les libertés publiques dans l'Etat islamique)*, Beyrouth, Al-Mujtahed publishing house, 2011, p. 101.

⁴⁸⁴ Ibn Taymiya, *A-siyassa a-chhari'a*, op.cit., p. 98.

qui déclareraient interdit le fait de se rebeller contre le gouverneur injuste. Selon le célèbre adage : « soixante années de gouvernement injuste valent mieux qu'une seule nuit sans gouvernement ». Cette doctrine juridique aux fondements religieux a permis la stagnation de la pensée politique. Plus encore, elle ouvre en soit la porte aux plus grandes exactions, puisque le gouverneur se trouve immunisé par son statut nécessaire.

b. Un pouvoir dépossédé de la prérogative de dire le droit

« L'instauration du régime du gouvernement islamique est un devoir religieux, que la communauté des croyants doit œuvrer à réaliser et sacrifier argent et âmes pour ce but, au risque de pêcher toute entière. Cette obligation devient une certitude en contemplant la charia, dont les prescriptions couvrent la vie économique, sociale, éthique, politique, les relations internationales et les peines pénales. Dans la charia, on peut trouver des prescriptions générales, comme la justice, la consultation (*choura*) et l'égalité. Comme on peut y trouver des règles spécifiques [...] qui ordonnent à la communauté d'obéir au souverain et de combattre tous les signes de corruption, qui impose un régime familial détaillé, un régime pénal et un régime d'éducation, etc. Alors, comment pourrait quelqu'un, à moins d'être ignorant ou malsain, soutenir qu'un régime politique basé sur des règles, autres que celles de l'islam, est capable de réaliser tout cela ? C'est la plus grande abomination des athées et des victimes d'aliénation culturelle »⁴⁸⁵.

Cette déclaration assez longue du chef du mouvement islamiste Tunisien a le mérite d'être claire. La loi islamique est complète, rien ne lui échappe et elle doit guider l'action du gouverneur. Toute autre construction visant à baser la légitimité de ses projets sur un socle autre que celui de la charia est le produit infâme des réflexions de ceux qui ont perdu la trace du droit chemin.

De cette déclaration se dégage aussi de manière claire de la notion de *siyassa char'iya* qui consiste à ancrer les racines de la politique au sens stricte dans les normes charaïques. Même s'il y a eu des voix qui se sont élevées contre cette théorie politico-charaïque⁴⁸⁶, elle est restée jusqu'à aujourd'hui et comme on a pu le voir chez un auteur contemporain, le

⁴⁸⁵ Rached Al-Ghanouchi, *Al-huriyaat Al-a'amma fi dawla al-islamiya*, op.cit., p. 100.

⁴⁸⁶ Abu Ishaq A-Chirazi, légiste musulman, avait prôné pour la distinction entre « les statuts des choses politiques » (*ahkam a-siyassat*) et les statuts charaïques. Les premières se rapprochant plus des « choses mondaines » (*oumour a-dunya*) et les secondes des affaires théologiques. Eric Chaumont, « Aux origines du droit constitutionnel musulman : les débuts (tardifs) de la Siyasa Shar'iyya », in Chawki Gaddes, Ghazi Gherairi, Salwa Hamrouni, Salsabil Klibi (dir.), *Droit, pouvoir et religion*, op.cit., p. 38.

courant majoritaire. Sur ce point, on peut même avancer une allégation assez rare et avancer que chiites et sunnites s'accordent⁴⁸⁷.

Dans les faits, le principe de *siyassa char'iya* dépossède le détenteur du pouvoir de la prérogative de dire le droit, puisque « au coran seul appartient le magistère législatif proprement dit »⁴⁸⁸. Par ailleurs, l'idjma', seule source du droit offrant une liberté intellectuelle aux juristes et pouvant constituer une vraie pratique législative est difficile, voire impossible à mettre en place. Les musulmans sont trop dispersés, au sens géographique et doctrinal du mot, pour pouvoir atteindre un semblant de consensus sur une question juridique donnée. Ceci étant, cela n'a pas empêché les jurisconsultes de faire avancer le droit à coup d'astuces argumentaires (*hiyal*) ou en faisant intervenir les coutumes locales là où le droit musulman au sens propre ne répondait plus aux intérêts des populations⁴⁸⁹. Ben Achour note à ce propos que le pouvoir qui est condamné dans cette posture à « l'inertie juridique », n'est pas tombé dans l'immobilité et a su évoluer. Cependant, cette évolution se fait hors du pouvoir, elle est réalisée par des théologiens et des légistes qui agissent pour le compte de Dieu, et non pour pas au nom du calife⁴⁹⁰.

Pour autant, quand Ben Achour affirme que « l'incapacité législative imposée au pouvoir politique peut être considérée comme une limitation du pouvoir » et qu'elle le réduit au simple rôle de gestion administrative⁴⁹¹, il omet à notre avis de réfléchir à un détail important d'ordre factuel, celui de la capacité législative relevant purement de la compétence juridique. En effet, se proclamer comme le protecteur du droit divin et son exécuteur, le détenteur du pouvoir a devant lui une chance inouïe d'imposer sans être questionné. Bien évidemment, les obligations de justice, d'égalité et de vertu qui lui incombent pourront lui être opposés, mais l'histoire se charge de démontrer que les cris de justice prennent beaucoup plus de temps pour se développer que les dépassements du pouvoir.

Malgré cette limitation d'ordre technique, l'aura dont s'entoure l'imam ou le calife est d'ordre métaphysique et eschatologique. Elle lui assure une légitimité sans failles dans un Etat qui rassemble plutôt une communauté de croyants que de citoyens. Plus encore, le statut de

⁴⁸⁷ « Aucun membre de la société n'est sensé détenir le pouvoir de légiférer, il peut seulement exécuter les ordres de Dieu et leurs applications ». Mohamed Ali Taskhiri, *Hawla a-dostour al-islami fi mawadihi al-a'ama*, op.cit., p. 40.

⁴⁸⁸ Louis Gardet, *La cité musulmane*, Paris, Vrin, 1954, p. 109.

⁴⁸⁹ Voir Jean-Philippe Bras, « La charia et les transformations du droit dans le monde musulmans », 654ème conférence de l'Université de tous les savoirs, 9 octobre 2007.

⁴⁹⁰ Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, op.cit., p. 145.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 146.

protecteur du droit divin permet de peaufiner un discours de validation des actions dont les arguments sont transcendants. Des arguments d'autorité et non pas de raison.

Cette tournure que peut prendre la théorie politique de laquelle participe la raison juridique islamique la propulse dans un rang privilégié dans le cadre des tentatives de résistance au processus de transformation du droit. La montée ahurissante actuelle des mouvements islamistes au pouvoir dans les Etats musulmans, permet de percevoir une réussite de cette résistance. Puisque la société est toujours sensible à ce discours et continue à être séduite par les arguments idéologiques de la légitimité religieuse. Il est tout à fait normal que l'idée du Califat Islamique, sous son appellation moderne d'Etat Islamique ait encore des jours heureux devant lui. Ce retour en force de concepts qu'on croyait désuets, est certes un signe de retour en arrière. Mais c'est aussi un chef-d'œuvre de réaction en préservation de systèmes juridiques dotés d'une raison millénaire et qui a pu survivre malgré les érosions. Retourner aux sources pour donner une image du présent, n'est-ce pas justement le rôle de l'idéologie utilisée dans ce cas pour garder en vie un système juridique et une vision du monde en péril.

2. Le concept d'Etat islamique ou la renaissance du Califat Islamique

Rached Al-Ghanouchi écrit : « L'Etat Islamique est un instrument dont on ne peut se passer... pour constituer un environnement social qui permet au plus grand nombre de ses membres de vivre spirituellement et matériellement en accord avec la loi naturelle (*kanoun fetri*) révélée par Dieu dans le cœur de son prophète, et qui est l'Islam. L'Etat Islamique n'est que l'instrument exécutif pour réaliser l'idéal de l'Islam qui vise à constituer une société qui se définit dans la bonté et la justice, qui valide le vrai et invalide le faux dans toute la terre [...] Croire que l'opportunité se présente devant le plus grand nombre pour réaliser l'idéal de l'Islam ... sans l'instauration d'un pouvoir islamique et en laissant tomber le militantisme politique (*jihad siyassi*) ... est premièrement une déviation du cœur de l'islam monothéiste..., et d'un autre côté une résignation devant les ennemis de l'Islam et une immortalisation de l'échec, de la division, de la dépendance, de la perte éternelle de la Palestine et de l'abandon de l'Islam à son sort. Et enfin la non observation de la tâche qui a été confiée à l'*oumma* : « acquittez vous du culte ! » »⁴⁹².

Nous sommes en plein dans le discours idéologique de préservation. Il met en exergue la notion du groupe différencié des autres, mais qui fait aussi face à l'adversité du dehors et

⁴⁹² Rached Al-Ghanouchi, *Al-huriyaat Al-a'amma fi dawla al-islamiya*, op.cit., p. 104.

doit se renforcer de l'intérieur pour y résister. Ainsi survient l'importance de l'idée de l'Etat islamique qui serait la solution à cette situation désavantageuse parmi les nations. L'Etat islamique invoque les principes perdus de vue. Réinstaurer la justice, l'équité et l'égalité, tel est son dessein. La cité idéale, carrément.

Le socle de la conception du Califat ou de l'*imamat* se trouve donc dans le discours idéologique. C'est un discours idéologique puisqu'il renvoie à un imaginaire fantasmé, baigné dans une vision idéalisée de l'histoire. Bien qu'il s'agit d'un fait connu par tous les musulmans qu'il n'y a pas eu un seul Califat, unique et continu. On s'évertue à décrire le concept dans les traités d'Islam politique comme un idéal perdu. Les omeyyades, les abbassides, les fatimides, les safavides, les ottomans, sont autant de Califats qui ont coexistés et disputés le pouvoir. Mais encore faut il le reconnaître.

Le discours sur l'Etat islamique conforte donc la raison juridique islamique dans sa place par l'argumentaire légal-théologique conventionnel. Il s'agit tout d'abord de l'idée que la légitimité ne revient qu'à l'Etat ayant cette forme précise, ensuite il s'agit de démontrer quelle place réserve ce système à la communauté des gouvernés.

a. Aux origines de l'Etat Islamique : le Califat

L'idée du Califat a été longtemps discréditée et reléguée au rang de fantasme identitaire. Malgré le fait qu'elle soit à l'origine de la théorie moderne de l'Etat Islamique, aurait-on cru un jour revoir cette structure politique renaître de ses cendres ? Et pourtant nous y sommes. Le calife de Baghdad, tout de noir vêtu, annonce l'avènement de l'Etat Islamique, apothéose du rejet de la forme d'Etat moderne, incompatible avec les prescriptions de l'Islam. Il y'en a qui diraient que ce califat est une sorte réminiscence surréelle tout droit sortie du moyen âge. Et pourtant l'Etat Islamique est une réponse moderne qui s'inscrit parfaitement dans la logique post-westphalienne⁴⁹³. Nous y reviendrons.

Le mot *khilafa*, veut littéralement dire succession, symbolisant ainsi que la personne portant ce fardeau succède au prophète dans ses fonctions. Le poste de *khalifa* équivaut à ce celui de *Imam* et le complète à la fois. Ce dernier rappelant la fonction de l'*imam* en prière qui doit être suivi, obéi et respecté. Il est à ce titre semblable au tuteur (*waliy*), qui tire sa légitimité du texte : « Ô vous qui croyez ! Obéissez à Dieu ! Obéissez au Prophète et à ceux

⁴⁹³ Moritz Mihatsch, « Welcome to the post-Westphalia Dystopia », *Mada Masr*, 21 Aout 2014.URL: <http://www.madamasr.com/content/welcome-post-westphalia-dystopia>

d'entre vous qui détiennent l'autorité »⁴⁹⁴. Les théories sunnites et chiites divergent sur la définition de l'expression « ceux qui détiennent l'autorité ». Les derniers la limitant dans la progéniture du prophète, alors que les premiers soutiennent que le royaume de Dieu est réalisable par tous ses hommes. Le *khalifa*, lui, succède au prophète dans la gestion des affaires de la communauté⁴⁹⁵.

Malgré le fait qu'il n'y a pas eu accord sur la possibilité d'affirmer que le *khalifa*, est en fait le successeur de Dieu sur terre. La théorie de la succession de l'homme à Dieu sur terre (*Istikhlaf*) a permis de constituer un socle logique et juridique, justifiant l'importance de cette institution, qui s'est pourtant cristallisée suite à un long cheminement politique, ne recevant la validation légale-théologique qu'*a posteriori*. Ainsi, la théorie de la succession de l'homme aura pour conséquence d'assoir la loi de Dieu par le biais du détenteur du pouvoir, et la voix de la communauté par le biais du consensus, se résumant dans l'expression « la loi de Dieu et le consensus de ses hommes ».

Toujours dans le cadre du formalisme juridique, la justification de l'Etat Islamique, qui répond aux critères susmentionnés doit provenir du texte qui ne manque pas de versets pouvant être interprétés dans le sens de l'instauration d'un Etat qui perpétue le droit musulman en tant qu'œuvre divine⁴⁹⁶. La conséquence directe de cette conception est que l'instauration de l'Etat islamique devient « une question de foi et d'infidélité, d'Islam ou d'ignorance (*jahiliya*), de révélation ou de passion »⁴⁹⁷. Tout comme l'observation du droit, l'observation du système politique adapté devient, elle aussi, une obligation religieuse. Que demander de plus en termes de légitimité politique.

L'incarnation moderne la plus célèbre de cette conception du pouvoir est celle la *hakimiyya* développée par Sayiid Qotb, chef de file du mouvement islamiste des frères musulmans.

⁴⁹⁴ *Coran*, Sourate 4 : 59, *op.cit.*, p. 111.

⁴⁹⁵ Ali Abd Arrazeq, *Al-Islam wa oussoul al-hokm (L'islam et les fondements du pouvoir)*, Beyrouth, L'institution Arabe pour les études et la publication, 1ère ed., 1976, p. 114.

⁴⁹⁶ « Quel que soit le sujet de votre désaccord, le jugement appartient à Dieu », *Coran*, Sourate 42 : 10, *op.cit.*, p. 640. « Ô vous qui croyez, obéissez à Dieu, Obéissez au Prophète, ne rendez pas vaines vos oeuvres », *Ibid.*, Sourate 47 : 33, p. 678. « Les incrédules sont ceux qui ne jugent pas les hommes d'après ce que Dieu a révélé », *Ibid.*, Sourate 5 : 44, p. 146. « Recherchent-ils le jugement de l'ignorance ? Qui est donc meilleur juge que Dieu envers un peuple qui croit fermement », *Ibid.*, Sourate 5 : 50, p. 145. « Non !... Par ton Seigneur !... Ils ne croiront pas, tant qu'ils ne t'auront pas fait juge de leurs différends. Ils ne trouveront pas ensuite, en eux-mêmes, la possibilité d'échapper à ce que tu auras décidé et ils s'y soumettront totalement », *Ibid.*, Sourate 4 : 65, p. 112.

⁴⁹⁷ Sobhi Abdah Said, *Al-hokm wa oussoul al-hokm fi a-nidham al-islami (le pouvoir et les fondements du pouvoir dans le régime islamique)*, Le Caire, Université du Caire, 1985, p. 70.

La *hakimiyya* se base sur l'idée de l'unicité de Dieu et de son pouvoir, lui seul ayant la sagesse de juger les affaires sans faire intervenir des intérêts autres que le grand dessein révélé. Le jugement divin est infaillible et il serait aberrant de l'évincer de la gestion des affaires humaines. Plus encore, la plus grande déchirure serait celle de séparer les affaires purement humaines (*dunya*) des affaires religieuses (*din*). Les deux moyens d'instaurer la *hakimiya* seraient, d'abord, l'instrument politique qui élimine toute distinction entre le religieux et la gestion des affaires publiques, et puis, l'instrument judiciaire qui veillerait à la plus stricte observation du droit révélé⁴⁹⁸. « La *hakimiya* impose donc et assure une éthique, essentiellement une éthique, et non d'abord un ordre juridique et institutionnel »⁴⁹⁹, ce dernier étant toujours considéré comme un moyen pour une fin et non pas comme une fin en lui-même. Nous nous retrouvons au centre de la problématique de l'islam avec la laïcité, nous y reviendrons plus tard.

Donc, pour assurer sa fonction divine, le droit se doit d'être dynamique (*fiqh haraki*). Ce droit doit rester immuable au niveau des valeurs et de la morale qu'il se charge de promouvoir, alors que les mutations se font seulement au niveau des applications dans le cadre de chaque société. « Le *fiqh* n'est jamais premier, certes, mais ce qui est premier ce n'est pas non plus une situation matérielle et sociale, mais une expérience spirituelle : Le dévouement à Dieu seul »⁵⁰⁰. C'est pour cette raison que le droit doit être formulé par « les combattants », les fervents défenseurs de cette cause, qui finira par amorcer une grande mutation juridique qui sera révolution. Sur ce point, cette théorie forme un autre point commun avec la conception de l'Etat Islamique dans l'espace chiite. Il a été écrit que « afin d'assurer l'unité de la *Ummat* (communauté islamique), afin de débarrasser la partie islamique de la mainmise et de l'influence colonialiste et des gouvernements qui leur sont inféodés, nous n'avons pas d'autre solution que de former un gouvernement. En effet, pour réaliser l'unité des nations musulmanes et leur assurer la liberté, nous devons assurer la liberté, nous devons renverser les gouvernements tyranniques et leurs agents, et ensuite, établir un gouvernement islamique équitable qui soit au service du peuple. Créer un gouvernement, c'est préserver le système islamique et l'unité des musulmans »⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Hichem Ahmed Awadh Jaafar, *Al-aba'ad a-siyasya li mafhoum al-hakimeya (les dimensions politiques du concept de Hakimeya)*, Virginie, The international insitute of Islamic thought, 1964, pp. 70-71.

⁴⁹⁹ Olivier Carré, « Le combat pour Dieu et l'Etat islamique chez Sayyid Qotb, l'inspirateur du radicalisme islamique actuel », *Revue Française de sciences politiques*, N. 4, 1983, p. 699.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 696.

⁵⁰¹ Imam Khomeini, *Le gouvernement Islamique*, op.cit., p. 24.

Dès lors, le *fiqh*, combattif, dynamique et en quelque sorte utilitariste, est à la base de l'Etat islamique. Il ne peut s'en séparer pour deux raisons qui semblent s'enchevêtrer. C'est à la fois une obligation religieuse d'observer le droit révélé, et un moyen « stratégique » pour atteindre la forme idéale du pouvoir qu'est la *hakimiya* ou l'Etat islamique qui se conformera aux principes fondamentaux imposés par cette loi.

b. Le principe de consultation (*choura*) dans l'Etat Islamique

Le principe de consultation/délibération est une technique juridique dont les sources reviennent au texte révélé et qui figure parmi les bases de la théorie de l'Etat islamique. Essentiellement, il est considéré que deux versets sont à la base de ce principe puisqu'il est question de « ceux qui délibèrent entre eux au sujet de leurs affaires »⁵⁰², et que cela soit même avancé en forme d'obligation « consulte-les sur toute chose »⁵⁰³.

En général, on considère que la consultation est « l'affirmation divine du droit, de la communauté qui succède à Dieu sur terre, de participer publiquement dans les affaires du pouvoir »⁵⁰⁴. Et c'est justement en ce sens qu'elle se présente comme une obligation.

Bien évidemment, le domaine de la consultation ne peut pas toucher aux principes universels et aux règles générales que l'Islam a posé. Elle s'étend donc à tout ce qui sort de ce cadre et couvre la gestion des affaires courantes, tout en observant la loi cadre islamique et son esprit⁵⁰⁵.

Alors que le cadre juridique de la consultation de la communauté paraît fixe et explicite, c'est la question de la compétence d'exercer la consultation qui pose problème. D'abord, sur la définition de l'expression « ceux parmi vous qui détiennent le pouvoir » (*waliy al-amr*), il n'y a pas eu consensus, puisque chaque école a une définition propre et assigne donc la compétence à des personnes différentes. En effet, et comme on l'avait mentionné auparavant, alors que le courant chiite les définit comme la progéniture du prophète (Al al-bayt), ce qui a ensuite donné lieu au système de (*wilayat faqih*), le courant sunnite définit ceux qui détiennent le pouvoir comme étant les érudits et l'élite des « *mujtahidun* » mais attribue aussi cette qualité aux princes. Et c'est ainsi qu'ils sont arrivés à

⁵⁰² Coran, Sourate 42 : 38, *op.cit.*, p. 645.

⁵⁰³ Coran, Sourate 2 : 159, *op.cit.*, p. 90.

⁵⁰⁴ Rached Al-Ghanouchi, *Al-huriyaat Al-a'amma fi dawla al-islamiya*, *op.cit.*, p. 120.

⁵⁰⁵ Farid Abd Al-Khaleq, *Fil fiqh a-syassi al-islami : Mabadi dostourey, choura, adl, mousawat (Du droit politique islamique : Principes constitutionnels, consultation, justice, égalité)*, Beyrouth, Dar A-chourouk, 1998, p. 64.

conclure que les premiers détiennent le pouvoir religieux (*amr dini*) alors que les second sont ceux qui détiennent les questions d'ici bas (*amr donyawī*)⁵⁰⁶.

La deuxième problématique qui se pose quant à la question de la consultation est de savoir quelle forme institutionnelle elle devrait prendre dans l'Etat Islamique moderne. Faut-il créer un conseil de consultation formé d'érudits qui exerceraient la prérogative de consensus dans les questions qui se posent lors de la gestion courante de l'Etat ? Ou faut-il considérer que c'est l'équivalent des conseils parlementaires ?

Quelle que soit la réponse à ces questions, et les théories dans ce cas sont nombreuses et très variées, il faut retenir que le principe de consultation ou de délibération, en tant que base de participation de la communauté à la gestion des affaires publiques a toujours pour but de faire perpétuer l'action divine. Plus encore, cette participation doit se faire par le biais d'une représentation (religieuse ou formellement politique) puisqu'on considère que ces affaires sont d'une importance extrême qui nécessite une prise en charge spéciale. « Ceux qui détiennent le pouvoir », sont donc détenteur d'un pouvoir extrême, et cela va dans le sens de l'idée spécifique de l'obéissance qui leur est due. Le droit de participer à la gestion des affaires publiques se trouve donc limité, par l'exigence du statut spécifique du « collège » représentatif.

Il convient d'opposer à cette conception du pouvoir, l'idée de l'Etat telle que développée par la philosophie juridique et politique occidentale, afin de pouvoir, encore une fois, procéder à la mesure des écarts entre les discours et comprendre le pourquoi de la résistance et des réactions de rejet et d'allergie du système.

B. La philosophie moderne de l'Etat et le droit international

Malgré la régression accrue de leurs rôles, nul ne peut nier qu'à l'heure actuelle, le droit international s'adresse toujours essentiellement aux Etats qui sont à la fois ses faiseurs et ses premiers sujets⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Farid Abd Al-Khaleq, *Fil fiqh a-syassi al-islami*, op.cit., p. 85.

⁵⁰⁷ Pour décrire ce phénomène, A.J Arnaud écrit les lignes suivantes : « A la vérité, l'Etat est loin d'être moribond. Sa souveraineté, si elle tient bien dans les deux critères que sont le dire-droit (édiction des normes) et le pouvoir de contrainte pour assurer la mise en œuvre et le respect de ces dernières, n'a nullement disparu et s'est pas amoindrie. Bien au contraire, les Etats exercent de plus en plus leur souveraineté dans des institutions régionales, internationales, voire multilatérales. En fait, les Etats auraient plutôt pris une certaine distance par rapport à leur rôle initial, qui était d'encadrer la société. Le multilatéralisme aurait fait dévier le rôle de l'Etat de son objectif premier et légitimé sa nouvelle fonction. Ce qu'on prend pour une érosion de l'Etat pourrait bien n'être qu'une anomalie imposée par l'Etat lui-même, un décalage par rapport au contrôle démocratique. Ce serait

On pourrait avancer que la forme de l'Etat importe peu au regard du droit international puisque cela rentre avant tout dans le cadre de la souveraineté égale des Etats. Ces derniers sont donc libres de choisir les formes de gouvernement et ont des prérogatives exclusives par rapport à tout ce qui se passe à l'intérieur de leurs frontières.

Cependant, l'émergence du facteur humain en droit international et surtout le passage du Pacte relatif aux droits politiques et civils parmi les textes phares formant le droit international des droits de l'homme, a permis de voir certains principes érigés au rang de standards internationaux auxquels il faut éviter de déroger au risque de se voir mis au ban d'une société internationale dont on ne respecte pas la morale. Ces standards imposés aux Etats deviennent même des conditions intrinsèques afin d'intégrer les regroupements régionaux⁵⁰⁸. Nous allons venir à décortiquer la réaction spécifique de la raison juridique islamique à ces standards, mais il convient d'abord de procéder à une comparaison du discours fondateur de la théorie de l'obligation et des principes à partir desquels le droit étatique tire sa légitimité.

1. L'idée de l'Etat dans la philosophie politique et juridique occidentale

Aux fondements de la théorie de l'Etat se trouve la philosophie politique et juridique occidentale. A tel point que lorsque l'histoire de la pensée politique moderne est étudiée, on finit souvent par se concentrer sur les mêmes auteurs occidentaux. Et pour cause, l'Etat tel qu'on le connaît aujourd'hui, est bien le produit de la dialectique qu'a connue essentiellement la pensée occidentale⁵⁰⁹. Tout le reste ne tient finalement qu'à l'exotique, et c'est bien de là que vient le fond de la critique sur l'eurocentrisme.

A l'étude, il s'avère que deux courants se disputent la paternité de l'idée de l'Etat. Le courant réaliste, sacralisant le fait social avec Machiavel et Hobbes comme précurseurs. Le premier ne prétendait-il pas décrire les hommes tel qu'ils agissent réellement ? Le second courant lui, celui de Rousseau et de Kant, est idéaliste et vise à réaliser une utopie, sacralisant le droit pur de toute force. Il faut dire que les deux courants atteignent les mêmes conclusions,

moins la souveraineté de l'Etat que son mode traditionnel de légitimation qui serait atteint ». André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique-T2*, op.cit., p. 167.

⁵⁰⁸ L'exemple est celui du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, portant modification du traité sur l'Union Européenne et du traité instituant les Communautés européennes, dont l'article 49 impose aux Etats désireux d'adhérer à l'Union le respect des principes de liberté, de démocratie, d'Etat de droit, des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces standards ont la valeur de principes généraux dans l'ordre juridique de l'Union et font partie des conditions politiques d'accès.

⁵⁰⁹ Voir Lawrence Olivier, Guy Bédard, Jean-François Thibault (dir.), *Epistémologie de la science politique*, Québec, PUQ, 1998.

la preuve en est, Hegel a fini par les joindre dans une théorie commune, en reprenant aux premiers leur recours à l'idée de l'histoire, et en prouvant que l'utopie des seconds est une nécessité historique. Comme il a pu dire que l'évolution des produits de la raison mènera vers l'achèvement de l'histoire, il finit par considérer que sa théorie fut l'achèvement de la philosophie. Du moins, l'aurait-il achevé en montrant l'unité de deux théories contradictoires en apparence.

Quoi qu'il en soit, nous choisissons de passer en revue un échantillon de cette histoire de la philosophie de l'Etat, celle qui opposait les deux courants divergeant sur la nature du pouvoir. Le fait est que, malgré l'effort Hégélien, ils continuent à constituer aujourd'hui les courants majeurs de la pensée politique. Nous allons donc privilégier de nous pencher sur les deux perspectives Hobbesienne et Rousseauiste de la question du pouvoir.

a. La perspective Hobbesienne

La théorie de Hobbes se base essentiellement sur deux tenants, celui de la nature humaine et celui de l'exercice du pouvoir. Cette position peut être vérifiée dans la construction de son ouvrage phare *Le Léviathan*⁵¹⁰, dont la première partie s'adonne à une analyse de l'Homme alors que la seconde présente une doctrine de l'Etat. Nous nous pencherons donc sur l'analyse de ces deux versants de la théorie politique Hobbesienne.

Hobbes part de l'idée selon laquelle tous les hommes sont égaux et similaires dans leur situation. Il procède ainsi d'une généralisation et d'une radicalisation de l'individu en démontrant que la ruse, le soupçon et l'incomplétude qui pousse vers la lutte continue des ambitions ne sont en aucun cas des caractères exclusifs aux princes⁵¹¹.

Pour Hobbes cette égalité d'infortune constitue un état de nature qu'il est nécessaire de dévoiler. Il faut, en effet, comprendre la nature humaine afin de savoir si celle-ci est capable d'accepter le concept de construction politique et selon quelles dispositions les hommes sont-ils prêts à s'assembler. De ce besoin de compréhension émerge la célèbre observation de Hobbes selon laquelle : « *aussi longtemps que les hommes vivent sans un pouvoir commun qui les tienne tous en respect, ils sont dans cette condition qui se nomme guerre, et cette guerre est guerre de chacun contre chacun* »⁵¹².

⁵¹⁰ Thomas Hobbes, *Léviathan*, tr. fr. François Tricaud, Paris, Sirey, 1971.

⁵¹¹ Pierre Manent, *Naissances de la politique moderne*, Paris, Editions Payot, 1977, p. 47.

⁵¹² Thomas Hobbes, *Léviathan: Tome I, op.cit.*, p. 124.

La société, n'est donc pas une chose naturelle, et le fait social ne doit pas être considéré comme le point de départ de la pensée politique, mais plutôt comme étant lui même le rapport dialectique émanant du choc des individus. Considérée alors comme contre-nature, la sociabilité serait le résultat de la crainte de l'anarchie dans laquelle la nature des hommes peut les plonger. Ainsi, « la commutation de la crainte conduit à la réciprocité des points de vue et la stricte réciprocité des points de vue conduit pour ainsi dire mécaniquement et nécessairement à la vision et à la définition de l'intérêt général : mettre un terme qui pèse également sur tous »⁵¹³. C'est donc la crainte mutuelle qui institue le vouloir vivre ensemble et rend possible l'idée d'une institution politique qui aurait pour tâche l'organisation de cette contre-nature de façon à ce que chacun sacrifie une part égale de sa liberté originelle, afin que puisse être garantie l'interaction pacifique des individus.

Pour autant, il ne faut pas croire qu'en instituant le souverain par le contrat qu'ils passent entre eux, les individus l'obligent de quelque manière que ce soit. Hobbes avance que la convention passée entre les parties pour garantir la paix commune ne peut en aucun cas obliger l'objet de la garantie que représente le souverain. Ce dernier n'étant pas partie de la convention. C'est ainsi qu'est introduit le thème du Léviathan absolu où ce sont « les sujets eux mêmes qui délivrent le Prince de ses chaînes »⁵¹⁴.

Dès lors, la théorie de Hobbes mène à un certain contre-sens, puisque la condition de sortie de l'état de nature pour tous les individus consiste à garder le souverain dans cette sphère, ne pouvant rentrer dans un contrat de socialisation qu'il se doit lui même de garantir. Mais alors, si l'état de nature est celui du désir, de l'ambition, de la cupidité et de la fierté, comment est-il possible que la seule personne ou assemblée ayant préservé ces caractéristiques, soit elle même capable en même temps d'empêcher les torts qu'elles peuvent causer. Le souverain ne serait-il pas devenu de par sa fonction même, l'ennemi de chacun des membres de la société pris individuellement ? Dans les faits, le risque de cette dérive existe certainement. Mais dans la théorie de Hobbes, les fonctions du pouvoir sont perçus différemment.

Etant le seul, resté à l'état de nature, le souverain est dépouillé des raisons qui le poussent à exercer ses droits de nature. Hobbes soutient en effet, que l'état de guerre de chacun contre chacun est un état qui découle lui même d'une nécessité. Celle de se protéger

⁵¹³ Pierre Manent, *Naissances de la politique moderne*, op.cit., p. 56.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 51.

chacun individuellement. Alors, si le souverain n'est pas soumis aux dangers de l'exercice des droits de nature, rien ne l'empêcherait d'agir raisonnablement. Il dit à cet effet : « c'est un précepte, une règle générale, de la raison, que tout homme doit s'efforcer à la paix, aussi longtemps qu'il a un espoir de l'obtenir ; et quand il ne peut pas l'obtenir, qu'il lui est loisible de rechercher et d'utiliser tous les secours et tous les avantages de la guerre. La première partie de cette règle contient la première et fondamentale loi de nature, qui est de rechercher et de poursuivre la paix. La seconde récapitule l'ensemble du droit de nature, qui est le droit de se défendre par tous les moyens dont on dispose »⁵¹⁵. Il en ressort l'importance de la distinction entre la loi de nature et les droits de nature. Le souverain resté à l'état de nature, a pour fonction d'en perpétuer la loi principale qui est la recherche de la paix, tout en se dépouillant de ses droits qui perdent, de par sa solitude de fait, tout leur intérêt.

A part ces développements sur la fonction du pouvoir guidé par la raison, un autre versant de la théorie de Hobbes nous semble important en termes de face à face avec la théorie de la légitimité dans la raison juridique islamique. Celle de la place du pouvoir ecclésiastique et donc la place du religieux dans le pouvoir.

L'auteur du *Léviathan* s'attarde en effet sur la définition de la forme du pouvoir ecclésiastique et civil. Pour lui, « il n'est pas sur terre d'église universelle, à laquelle tous les chrétiens soient tenus d'obéir. Par conséquent, une église, j'entends une église ayant pouvoir d'ordonner, de juger, d'absoudre, de condamner ou d'accomplir toute autre action, ne diffère en rien d'une république civile constituée de chrétiens; on l'appelle état civil en considération de ce que ses sujets sont des hommes, et église en considération de ce que ce sont des chrétiens »⁵¹⁶.

A la lecture de ce paragraphe, on se rend compte que l'auteur opère une distinction institutionnelle entre la compétence civile et la compétence religieuse de l'autorité théologique qu'est l'église. Si celle-ci a le droit de juger, de condamner ou d'ordonner ce n'est pas en sa qualité religieuse mais plutôt en sa qualité de pouvoir institué par les hommes afin de gérer l'état de nature, et elle est en ce sens une autorité pleinement civile. Par ailleurs son statut d'église renvoie au fait, que dans ce cas précis, certaines personnes ont une foi religieuse en cette institution qui les pousse à lui obéir. Mais si ces raisons n'existaient pas,

⁵¹⁵ Thomas Hobbes, *Léviathan: Tome I, op.cit.*, p. 129.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 493.

l'église de par ses pouvoirs institutionnels, continueraient à exister en tant que pouvoir purement civil.

Dans ce cas, l'obéissance due au souverain est imputable seulement à sa place au pouvoir, nonobstant tous ses autres statuts. Hobbes dit : « Il est vrai que s'il est mon souverain, il peut m'obliger à une obéissance qui me conduira à ne pas faire connaître par mes actes ou par mes paroles que je ne le crois pas ; mais non pas à penser autrement que ma raison me le persuade »⁵¹⁷. L'auteur institue donc un principe de la liberté de pensée et de conscience. La seule obéissance due au souverain, et ce quel que soit son contenu, est d'ordre purement formel. Le pouvoir religieux se fond donc complètement dans le formalisme du concept de *Civitas*.

Il en ressort que Hobbes valorise une méthode qui se veut observation objective de la réalité politique et des raisons qui mènent à l'institution du souverain. Ce dernier est lui aussi bercé par toutes les passions humaines mais est supposé agir selon la meilleure raison possible puisque son pouvoir le place au même temps au dessus des individus, et au même niveau qu'eux à cause de sa solitude dans l'état de nature. Cette vision est démystifiée, aux limites du cynisme. On est vraiment loin de l'idéal Rousseauiste.

b. La perspective Rousseauiste

Rousseau soulève les mêmes problématiques abordées par Hobbes mais selon une méthode différente. L'approche est purement généalogique et évolutionniste. Pour comprendre les fondements de la société humaine, il faut selon lui revenir à la nature de l'homme et la décortiquer. Pour ce faire, il revient à la première nature de l'homme. Ainsi, contrairement à Hobbes qui soutient que « l'homme est naturellement intrépide et ne cherche qu'à attaquer, et combattre », Rousseau avance qu'« un philosophe illustre pense au contraire, et Cumberland et Puffendorf l'assurent aussi, que rien n'est si timide que l'homme dans l'état de nature, et qu'il est toujours tremblant, et prêt à fuir au moindre bruit le frappe, au moindre mouvement qu'il aperçoit »⁵¹⁸. Il compare même l'homme à l'animal, que la nature commande et à laquelle la bête obéit. La seule différence étant l'entendement et la conscience de l'homme de cet état de soumission à la nature. En peignant ainsi l'homme dans

⁵¹⁷ Thomas Hobbes, *Léviathan: Tome I, op.cit.*, p.493.

⁵¹⁸ Jean Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, op.cit.*, p. 34.

sa nature la plus élémentaire, Rousseau dresse la distance chronologique avec la société qui est pour lui produit d'un progrès avilissant.

En effet, « c'est la faiblesse de l'homme qui le rend sociable : ce sont nos misères communes qui portent nos cœurs à l'humanité : nous lui devrions rien si nous n'étions pas hommes »⁵¹⁹. Le besoin rend l'homme solitaire, et l'envie de perfectionner sa condition le rend avide. C'est en ce sens que la sociabilisation complexe modifie sa nature.

Pour résumer, « la nature de l'homme est intrinsèquement bonne ; la condition de l'homme est intrinsèquement mauvaise et elle a le pouvoir de rendre la nature humaine victime et coupable des maux de son histoire. la malfaisance de cette condition ne peut être redressée qu'au prix d'un acte de volonté raisonnable qui assure le triomphe de la passion sur le besoin. C'est tout le sujet du contrat social »⁵²⁰.

Pour Rousseau, l'organisation de la société par l'ordre politique est donc une inversion de la nature qu'impose la condition humaine. Ceci étant, cette inversion ne peut se faire qu'à partir du consentement d'hommes libres, et ne peut que consacrer cette liberté originelle. En consacrant la liberté des individus, cette organisation a pour but d'accroître la force de chacun et du groupe. L'auteur écrit en ce sens que « comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert. Cette forme de force ne peut naître que du concours de plusieurs »⁵²¹.

Dès lors, le contrat social apparaît comme le produit de l'union du droit inhérent à la liberté et de la force, mais nullement de leur amalgame. En effet, pour que la société fasse justice à l'homme, il faut non seulement qu'elle soit voulue par lui au départ, mais qu'elle le soit aussi continuellement⁵²². L'autonomie de l'individu au sein de la société le préserve des vices de celles-ci. Ainsi, le contrat social est conçu comme un artifice servant à protéger la nature de l'homme, individuellement, au sein de la société. On pourrait y objecter, que le but du contrat social est intrinsèquement asocial. Mais Rousseau soutient que c'est à la société de rendre justice à l'homme qu'elle déracine de sa nature.

⁵¹⁹ Jean Jacques Rousseau, *Œuvres complètes : Tome IV- Émile :Éducation ,Morale, Botanique*, Bernard Gagnebin, Marcel Raymond (dir.), Paris, Gallimard, La Pléiade, 1969, p. 503.

⁵²⁰ Pierre Manent, *Naissances de la politique moderne, op.cit.*, p. 157.

⁵²¹ Jean Jacques Rousseau, *Œuvres complètes : Tome III- Du contrat social, op.cit.*, p. 360.

⁵²² Pierre Manent, *Naissances de la politique moderne, op.cit.*, p.166.

Dans ce sens, le but du pouvoir politique serait de protéger cette individualité et cette autonomie au sein de la cité. Il est redevable à l'homme qui avait présenté son accord premier, et se doit de réaliser toutes les conditions pour obtenir sa validation et son acquiescement continuels. Dans cet état des choses, il va de soit que la philosophie Rousseauiste ait servi d'assise à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui reprend son esprit et même ses expressions inchangées⁵²³. Ainsi, la philosophie de Rousseau se réserve une place privilégiée quand s'il s'agit d'aborder l'idée de l'Etat moderne qui ne soit pas intégratif et homogénéisant mais plutôt respectueux de l'individualité de chacun et surtout respectueux des libertés.

2. L'Etat diseur du droit : le clivage avec la raison juridique islamique

Le concept du dire-droit renvoie pour son auteur au processus entier de la création de la norme juridique⁵²⁴. Ainsi, dire le droit ne peut être réduit au moment de la décision mais revêt des dimensions intéressantes quand on passe en revue le cheminement de la règle.

A ce titre, A.J Arnaud précise que toute règle passe au départ par la délibération, quand le besoin se fait ressentir pour créer une norme donnée et qu'il s'agit de motiver le choix de la faire passer du côté institutionnel. Dès lors, la délibération « se fonde sur l'option pour un type de société, c'est à dire une ligne politique »⁵²⁵. Ensuite, au niveau du dire-droit à proprement parler, la prise de décision se présente au départ comme « un choix stratégique » qui doit couvrir deux niveaux. « Au niveau idéologique, pour engager le groupe dans un système donné ; au niveau systématique, pour que le choix de formules cohérentes permettant le regroupement, autour d'une même raison, des normes propres à dicter des statuts correspondant à des rôles subjectivement souhaités objectivement souhaitables »⁵²⁶. Enfin, le dire-droit comme œuvre d'interprétation consiste pour le diseur du droit de puiser dans un fond de références existant afin de s'assurer de l'imbrication des normes entre-elles.

Le dire-droit au sens d'A.J Arnaud est donc un processus complexe, qui colle parfaitement à la structure de la raison juridique qu'il étudie, celle de la philosophie politique et juridique occidentale. En effet, pour pouvoir passer par toutes les étapes requises par ce

⁵²³ Voir Guy Lafrance, « L'humanisme juridique de Rousseau et l'idée des droits de l'homme », in Jean Roy (dir.), *Jean Jacques Rousseau et la révolution*, Actes du colloque de Montréal, 25-28 Mai 1989, Ottawa, Association nord américaine des études Jean-Jacques Rousseau, 1991, pp. 99- 105.

⁵²⁴ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique :T. 1, op.cit.*, p. 352.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 353.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 359.

processus, il faut valider un présupposé fondamental, lequel est de pouvoir véritablement dire le droit et donc édicter des normes.

L'Etat qui exerce cette prérogative ne peut être que celui dont les précurseurs sont les Hobbes et les Rousseaux. La conception de l'Etat telle qu'ils la présentent est celle d'un pouvoir démystifié, chargé de mettre en place les normes pouvant garantir les fonctions qui lui sont attribués selon la nature des hommes qui forment son assise sociale. De l'homme Hobbesien, trouvant sa protection dans une forme de groupement social géré par un souverain qui selon sa droite raison, guide la communauté vers la finalité commune de la paix. Un pouvoir qui, n'étant plus justifié que par soit même et le besoin qui l'a institué, base son idéologie légitimatrice sur autre chose que le discours religieux. L'Etat Hobbesien a posé les jalons de l'Etat laïc, et relève donc d'une légitimité formaliste.

Par ailleurs, le contrat social, tel qu'institué par Rousseau met en exergue la volonté individuelle et son autonomie. Il valorise plus le devoir de la communauté politique envers l'individu qui devrait lui continuellement valider la capacité de cette dernière à protéger ses libertés et des droits. Encore une fois, l'Etat dispose de la faculté de dire le droit puisqu'il devrait continuellement se conformer aux volontés de ceux qui lui ont permis d'exister.

Pour revenir au discours fondateur de la raison juridique islamique sur l'obligation et la conception de l'Etat, les remarques sont évidentes. Le droit a pour source sacrée le texte, qui doit à la fois guider les hommes et le pouvoir. Ce dernier n'est donc pas libre de l'exercice juridique, mais dépositaire d'une mission de garde du texte originel. Il doit guider sa communauté politique vers ce but en observant de la manière la plus stricte le corpus juridique cadre. On ne découvre donc pas le droit, on applique tout simplement le texte révélé. Même la participation de la communauté aux affaires publiques doit être vue dans ce sens et uniquement. Il est donc dans l'intérêt de la communauté politique de veiller à l'intérêt du divin.

Dans ce cas, le processus délibérative devient interprétatif, il faut d'abord classer le besoin dans la structure juridique existante et prouver sa conformité pour qu'elle puisse être adoptée. Le choix de la société n'est pas optionnel, un seul choix unique et obligatoire se présente. Le processus du dire-droit est donc fermé, en principe impossible à faire évoluer en substance. Comme on l'avait mentionné auparavant, le diseur du droit est dépossédé de cette prérogative, et c'est toute la conception de l'Etat qui doit suivre ce raisonnement.

Maintenant, il est possible de se demander comment la raison juridique islamique peut pratiquement imposer cette vision de la légitimité et de l'obligatoire alors qu'elle s'applique actuellement dans la forme des Etats modernes qui bénéficient dans les faits, et dans le droit, du pouvoir constitutionnel d'édicter les normes de droit ?

Il faut savoir se mettre dans une perspective de changement juridique, et voir comment la raison opère afin de garantir le plus possible sa stabilité. Il est clair que même dans ses formes les plus extrêmes (Arabie Saoudite, République Islamique d'Iran) où la raison juridique islamique est renforcée par la constitutionnalité de l'Islam en tant que source du droit, les Etats ne se privent pas des prérogatives dont ils se sont arrogés. Simplement, le discours fondateur de la philosophie du pouvoir se transforme en idéologie contre tout ce qui peut troubler l'équilibre précaire de la raison juridique. Est dangereuse, en effet, toute philosophie prêchant pour l'affaiblissement de l'emprise du religieux sur le pouvoir ou encore pour la distinction de l'homme de sa communauté. Est subversive, toute philosophie appelant à mettre en exergue les différences individuelles et de les ériger en droits, permettant ainsi de rendre le souverain redevable au peuple pour lui-même et non pour sa foi.

Dès lors, c'est sur la nature du pouvoir qu'agit le retour aux fondements philosophiques de la légitimité. En se basant dessus, la raison juridique pourra filtrer les éléments qui lui semblent opérer un changement juridique radical.

PARAGRAPHE 2 : DE LA NATURE DU POUVOIR

« La trilogie droits de l'homme, Etat de droit, démocratie, est devenue une nouvelle religion du monde occidental. Cette nouvelle religion n'a pas de spécificités particulières par rapport à celles qui l'ont précédée. Il s'agit en effet d'une véritable conviction [...] Dans le cercle interne de cette civilisation, cette philosophie dispose d'un privilège de validité absolue. Dans le cercle plus élargi des rapports de cette civilisation avec les autres, elle dispose d'une force expansionniste animée par une logique de conversion »⁵²⁷.

Une force expansionniste, c'est bien le cas de le dire. Vingt cinq ans après avoir annoncé la fin de l'histoire par l'émergence de la démocratie libérale en tant que mode de gouvernement « universel »⁵²⁸, Francis Fukuyama réitère sa conviction en affirmant que « à

⁵²⁷ Yadh Ben Achour, *Le rôle des civilisations dans le système international : Droit et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 257.

⁵²⁸ Francis Fukuyama, « The end of history », *op.cit.*, p.4.

la fin de l'histoire, demeure toujours la démocratie »⁵²⁹. Il s'aligne ainsi sur la même position que Hayek qui conçoit cette dernière comme la seule méthode qui ait été encore découverte pour assurer une passation pacifique du pouvoir d'un gouvernant à un autre⁵³⁰.

Cette nouvelle religion, cette homogénéisation des modes de gouvernement se traduit au niveau du droit international par l'émergence de standards, ayant une portée essentiellement politique, mais juridicisés au niveau des textes et se propageant en dépit des principes « classiques » du droit qui se dressent contre cette standardisation.

Face à cette globalisation d'un mode d'un unique mode de pouvoir, la raison juridique islamique fait usage de son discours de légitimation pour préserver ses piliers organiques et donc rendre les modes du dire-droit, et le droit lui même, hermétique à cette vague et à ses conséquences. Nous allons nous intéresser dans le cadre de ce paragraphe aux réactions formulés contre deux principes définissant la nature du pouvoir en droit international et qui connaissent une montée fulgurante : le principe démocratique (A), et celui de la laïcité (B).

A. De la démocratie

Alexis de Tocqueville écrivait « je conçois alors une société où tous, regardant la loi comme leur ouvrage, l'aimeraient et s'y soumettraient sans peine ; où l'autorité du gouvernement étant respectée comme nécessaire et non divine, l'amour qu'on porterait au chef d'Etat ne serait point une passion, mais un sentiment raisonné et tranquille. Chacun ayant ses droits, et étant assuré de conserver ses droits, il s'établirait entre toutes les classes une mâle confiance et une sorte de condescendance réciproque, aussi éloignée de l'orgueil que de la bassesse. Instruit de ses vrais intérêts, le peuple comprendrait que, pour profiter des biens de la société, il faut se soumettre à ses charges. L'association libre des citoyens pourrait remplacer la puissance individuelle des nobles, et l'Etat serait à l'abri de la tyrannie et de la licence. Je comprends que dans un Etat démocratique, constitué de cette manière ; la société ne sera point immobile ; mais les mouvements du corps social pourront y être réglés et progressifs »⁵³¹. Encore aujourd'hui, nous ne pouvons trouver de définition plus complète de la démocratie que celle avancée par ce dernier.

Pourtant, en parlant de démocratie à l'heure actuelle, nous devons reconnaître que nous nous trouvons face à un concept versatile et équivoque. C'est dans ce sens qu'on a pu

⁵²⁹ Francis Fukuyama, « At the 'end of history' still stands democracy », *The Wall Street Journal*, Juin 2014.

⁵³⁰ Friedrich A. Hayek, *Droit, Législation et liberté : T3, op.cit.*, p. 118.

⁵³¹ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique-Vol.1*, Paris, Michel Lévy Frères, 1861, pp. 12-13.

confirmer qu' « il n'existe pas de modèle unique de démocratie »⁵³². Cependant, on peut aujourd'hui affirmer sans prendre de risque que c'est la forme de démocratie libérale qui se trouve mise à l'avant. Cette dernière représente « un mode d'organisation de la société fondé sur le pluralisme politique, le principe des élections libres et honnêtes, le respect des droits de l'homme et l'instauration de l'Etat de droit »⁵³³. Les définitions sont nombreuses, mais elles s'accordent toutes à démontrer que la démocratie libérale ne se présente pas seulement comme un mode de gouvernement neutre, elle est aussi une philosophie et une option pour un modèle de société. Cela rejoint l'idée originelle d'Alexis de Tocqueville cité plus haut qui établit un lien intrinsèque entre le système politique et le modèle de société.

Pour comprendre le fond des réactions de la raison juridique islamique à l'expansion du discours de légitimation démocratique, il faut d'abord analyser la manière dont le principe se présente en droit international.

1. Le principe démocratique en droit international

C'est avec la propulsion de la philosophie des droits et des libertés fondamentales au rang de normes substantielles du droit international que le principe démocratique a commencé à connaître une expansion fulgurante.

Il est certain que le principe de la souveraineté étatique, ayant valeur de droit positif, se dresse contre une démocratisation qui se fait mesure de la légitimité politique⁵³⁴. Et pourtant, cette dernière devient aujourd'hui un phénomène d'une portée générale à tel point qu'on est arrivé à parler de démocratie globale dans le cadre d'un voisinage international⁵³⁵. Certes, ceci peut facilement être assimilé à une prétention utopique, mais on ne peut pas ignorer non plus que tout le dispositif et l'arsenal juridique mis en place afin de « démocratiser » la démocratie est une entreprise qui va dans ce sens.

⁵³² A/RES/60/1 du 25 Octobre 2005, *Document final du sommet mondial de 2005*, p.135.

⁵³³ Maurice Kamto, « Constitution et principe de l'autonomie constitutionnelle », *Recueil des cours de l'AIDC*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2000, 162.

⁵³⁴ Autre définition de la démocratie libérale est celle avancée par Thomas Christiano : « In the modern state, democratic institutions are legitimate to the extent that and because they publicly realize the equal advancement of the interests of the members of the society. Democracy is a way of publicly realizing equality when persons who have diverse interests and backgrounds need to establish rules and institutions for the common world in which they live », Thomas Christiano, « Democratic legitimacy and international institutions », in Samatha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, op.cit., p. 121.

⁵³⁵ « La démocratie a à voir avec l'exercice du pouvoir et la reconnaissance du caractère inacceptable- et en fin de compte infécond- de la sujétion et de la coercition... L'ONU a la garde de nos idéaux les plus élevés : il n'y a pas d'exception aux principes fondamentaux, ni de petits arrangements possibles en marge du système pour diminuer la démocratie au niveau de la communauté de voisinage globale » Commission on global Governance, *Our Global Neighborhood*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 67. Cité par André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique :T2*, op.cit., p. 144.

a. Le principe d'autonomie constitutionnelle

Le principe d'autonomie constitutionnelle est le premier corollaire du principe de la souveraineté étatique. Ce dernier constitue un pilier du droit international, duquel s'ensuit l'interdiction à « tout Etat ou groupe d'Etats d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. L'intervention interdite doit donc porter sur des matières à propos desquelles le principes de souveraineté des Etats permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix du système politique, économique social et culturel et de la formulation des relations extérieures »⁵³⁶.

Dès lors, un Etat peut grâce à la souveraineté par laquelle il est doté choisir librement son système politique et ne doit en aucun cas être contraint à choisir une forme spécifique de gouvernement. Cette contrainte étant formellement illicite, le principe de l'autonomie constitutionnelle suppose l'interdiction de l'ingérence dans les affaires intérieures des Etats.

De plus, en revenant aux conditions posées par la Charte des Nations Unies aux Etats candidats à être membres, on peut lire dans l'article 4, paragraphe 1 que « peuvent devenir membres des Nations Unies tous autres Etats pacifiques qui acceptent les obligations de la présente Charte et, au jugement de l'organisation, sont capables de les remplir et disposés à le faire ». Il en ressort que la seule obligation qui incombe aux Etats membres de l'organisation est le caractère pacifique. D'ailleurs, la CIJ dans son avis consultatif du 28 mai 1948 a bien affirmé que « les conditions énumérées à l'article 4 sont donc bien limitatives »⁵³⁷, ce qui l'a poussé à réfuter la thèse selon laquelle les dispositions de l'article 4, paragraphe 1 de la Charte représentent un minimum indispensable permettant ainsi d'ajouter des considérations politiques qui permettent de se dresser contre l'admission.

De plus, ce principe a été réitéré plusieurs fois dans les résolutions de l'Assemblée Générale qui a opté pour une lecture stricte du principe de l'autonomie constitutionnelle qui ne permet aucune interprétation. Ainsi, il a été affirmé que « tout Etat a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part d'aucun autre Etat »⁵³⁸. Ou encore que toute intervention visant à être dirigée « contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels,

⁵³⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Arrêt, C.I.J., Recueil 1984, p. 108.

⁵³⁷ *Conditions d'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies (Charte, Article 4)*, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1948.

⁵³⁸ A.G. 2131 (XX) du 21 décembre 1965, *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté*, Assemblée Générale de l'ONU.

sont contraires au droit international »⁵³⁹. Ce principe a donc été réitéré plusieurs fois par l'Assemblée Générale qui a été influencée par l'introduction dans la société internationale des pays nouvellement indépendants. On a même déduit de cette pratique que l'ONU, comptant parmi ses membres l'URSS ne pouvait se permettre d'adopter une politique de promotion de la démocratie libérale⁵⁴⁰. Ceci étant, cette période étant bien révolue et la montée de la démocratie libérale devenue inéluctable, c'est aussi par les textes que le principe démocratique s'est installé comme standard juridique de légitimité politique.

b. L'irrésistible émergence du principe démocratique en droit international

Allant de pair avec la philosophie des droits de l'homme, le principe de légitimité démocratique des Etats trouve désormais sa première source dans la DUDH. En effet, l'article 21 de cette dernière dispose que « toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis » et que « la volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ». Ainsi, la DUDH pose deux conditions d'exercice démocratique du pouvoir, celle de la représentativité et celle de la légitimité électorale.

Aussi, le PIDCP ne se limite pas à mettre en valeur le droit des peuples à disposer d'eux mêmes, ce dernier ayant de toutes les façons souvent reçu une interprétation dans le sens étatique et non pas d'auto-détermination des individus au sein de leurs propres Etats (ce qui reviendrait à consacrer le principe démocratique. La convention appelle en effet les Etats à respecter les droits politiques tel que la liberté de l'opinion politique (article 2, paragraphe 1) et consacre une conception de l'Etat de droit puisque l'Etat est non seulement supposé respecter les droits mais se soumettre aux recours juridictionnels nécessaires pour sanctionner ses violations (article 2, paragraphe 3). Ceci sans compter la panoplie des textes régionaux et intergouvernementaux qui consacrent tous ce principe⁵⁴¹.

⁵³⁹ A.G. 2625 (XXV) du 24 Octobre 1970, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Assemblée Générale de l'ONU.

⁵⁴⁰ Rafâa Ben Achour, « Etat de droit, démocratie et droit international », *Ordine internazionale et diritti umani*, 2014, p. 185.

⁵⁴¹ Voir HCDH, *Compilation of documents or texts adopted and used by various intergovernmental, international, regional and subregional organizations aimed at promoting and consolidating democracy*, sur demande de la commission des droits de l'homme, RES/2003/36 du 23 Avril 2003, *Interdépendance de la démocratie et des droits de l'homme*.

Cette fulgurante ascension du discours démocratique se voit aussi dans le discours des institutions des Nations Unies. C'est ainsi que dans sa résolution 2005/32, la commission des droits de l'homme rappelle « que les États sont les garants de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit, et qu'il leur incombe de les mettre pleinement en œuvre » et les engage à « poursuivre leurs efforts en vue de renforcer l'état de droit et de promouvoir la démocratie » tout en prenant le temps de détailler très scrupuleusement les étapes à prendre pour ce faire⁵⁴². Cette démarche s'inscrit dès lors dans la perspective proposée par Boutros Boutros-Ghali qui dans son agenda pour la démocratisation de 1996 avait affirmé que « la résistance antidémocratique cherche parfois à mettre l'autoritarisme au compte de l'exception culturelle »⁵⁴³.

Mais les voix s'élevant contre la vague de démocratisation ne se réclament pas seulement du culturalisme. Elle relèvent aussi que cette politique serait un alibi pour mieux servir les intérêts de la globalisation économique qui aurait tout à gagner en évitant l'existence d'Etats dirigistes. « La faveur des néolibéraux va donc à des Etats soucieux de développer des constitutions et corps de droit assurant le respect de la démocratie et des droits de l'homme, et renfonçant le pouvoir des juges. La propagation de ces idées a un fort relent de propagande. Non pas qu'il faille le regretter ; mais il faut en être bien conscient »⁵⁴⁴.

Quelles que soient les critiques adressées à ce mouvement de fond, nous ne pouvons nier aujourd'hui qu'il soit représentatif d'une entreprise concrète d'harmonisation, à défaut d'homogénéisation, des structures Etatiques internes. Et que ce mouvement est porteur d'une philosophie où la forme du pouvoir se fonde dans une conception des droits et a pour but de changer intrinsèquement, non seulement la manière d'édicter les normes, mais aussi leurs contenus. Comme l'avait affirmé Simone Goyard-Fabre : « penser la démocratie en tant que forme politique, c'est rencontrer des questions éternelles et redoutables dont l'enjeu relève, politiquement, des structures organisationnelles de la cité et, philosophiquement, de l'exigence de la liberté et de la dignité dans la condition humaine »⁵⁴⁵.

⁵⁴² E/CN.4/RES/2005/32 du 19 Avril 2005, *Démocratie et Etat de droit*, Commission des droits de l'homme.

⁵⁴³ A/51/761 du 17 janvier 1997, *Un agenda pour la démocratisation*, Rapport du secrétaire général de l'ONU, par. 4.

⁵⁴⁴ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique* :T2, *op.cit.*, p. 141.

⁵⁴⁵ Simone Goyard-Fabre, *Qu'est ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Paris, Armand Collin, 1998, p. 17.

Comme mentionné plus haut, le discours promoteur de la démocratie étant devenu à des égards semblable à celui d'une propagande, il n'est pas surprenant que la réponse négative soit du même type.

2. La démocratie n'est pas délibération (choura)

L'attitude islamiste à propos de la montée du standard de démocratisation a été bien évidemment négative. Il s'agit d'un principe qui promeut des idéaux tout à fait différents de ceux portés par la raison juridique islamique. Les notions de l'Etat au service des droits des individus, les libertés, l'égalité absolue entre hommes et femmes ou encore l'obligation de l'Etat de légiférer dans le sens des droits humains et non dans celui du droit divin, tous sont des considérations qui font la démocratie soit considérée comme une invasion et une intrusion malsaines dans les affaires des Etats islamiques et leur gestion.

Dans ce sens, on peut relever trois positions qui représentent, au fond, un refus de l'idée de la démocratie telle qu'elle est et qui la dénaturent tout en se basant sur un discours idéologique s'adressant à l'intérieur de l'Etat et dont le seul but est la préservation de la raison juridique.

La première, la plus directe, est celle qui consiste à considérer que la démocratie, basée sur le principe de souveraineté populaire est totalement inadaptable à la philosophie islamique (ou plutôt islamiste) du pouvoir qui accorde cette prérogative uniquement à Dieu. Qutb et Abu Al-A'la Al-Mawdudi font partie des plus grands défenseurs de cette théorie⁵⁴⁶. L'idée est simple et ne nécessite pas d'être développée, il s'agit d'un rejet absolu.

La deuxième position consiste à avancer que la démocratie soit considérée comme le résultat d'un parcours historique spécifique : celui du développement de la conscience occidentale. Ceci étant, ce courant ne nie absolument pas que le concept de démocratie est porteur de principes qui peuvent coller à la conception de la raison juridique islamique du pouvoir. Dès lors, dans une manœuvre très paradoxale, le discours démocratique est utilisé pour valider le discours de légitimation islamique du pouvoir alors même qu'il continue à être dénigré⁵⁴⁷. Faire le parallèle entre démocratie et gouvernement islamique en faisant ressortir les principes de justice, de liberté et d'égalité ne fait pas de ce dernier une organisation démocratique. En effet, le sens de ces principes diffère énormément que l'on se place dans ce

⁵⁴⁶ Mohammad Musfequs Salehin, « Democracy and Islam: A Tale of Democratic Struggle in a Muslim Majority State », *Sociology of Islam*, Leiden Brill, N. 1, 2013, p. 90.

⁵⁴⁷ Rached Al-Ghanouchi, *Al-huriyaat Al-a'amma fi dawla al-islamiya*, *op.cit.*, p. 82.

camp ou dans l'autre et la qualification démocratique n'est qu'un voile de forme qui sert à justifier la pratique politique à l'intérieur de l'Etat sans pour autant garantir un réel exercice démocratique qui rend cette légitimité valable au niveau international.

La troisième position consiste à déclarer que la démocratie ne constitue pas une nouveauté pour la raison juridique islamique, étant donnée que celle-ci avait historiquement développé le concept de consultation (*choura*). Dès lors, la démocratie ne serait que la version occidentale de la *choura*. La différence ne serait donc que linguistique. Ce discours a été tant utilisé par les réformateurs qui soutenaient l'idée de la démocratie, mais se basaient sur l'argument idéologique pour éloigner l'impression qu'ils ont pour dessein d'introduire une nouveauté malsaine (*bed'a*), ou encore par les radicaux qui, eux, voulaient garder le *statu quo*, et usaient donc de cet artifice.

Mohamed Abed Al-Jabri, intellectuel musulman, a démontré le caractère factice de cette prétention. Il soutient, en effet, que la *choura* des traditionnalistes, trouve sa plus belle incarnation dans période du règne du Calife Omar qui était despotique mais juste. Ainsi, Al Jabri conclut que « le gouvernement idéal, dans les esprits de ceux qui opèrent à partir d'une référence traditionnelle, est exercé par un 'despote juste'. Dès lors, *a-choura*, dans la tradition arabe et musulmane, n'a jamais été la substitution absolue du despotisme, mais plutôt d'un type de despotisme : celui exercé par un gouvernant injuste »⁵⁴⁸. Al- Jabri met en exergue le fait, que la consultation n'est nullement obligatoire dans ce cas, elle reste dépendante de la discrétion du gouvernant qui s'il le veut peut demander conseils aux *fuqaha* et *uléma*. Dans ce sens, la consultation n'est pas adressée au peuple mais plutôt à une élite choisie. Al-Jaber va plus loin en considérant que les textes sur lesquels se basent les commentateurs pour faire de la consultation un principe politique, s'adressent en effet à tous les croyant et non pas simplement au gouvernants. Ce faisant, la consultation devient une affaire purement religieuse. Il écrit : « la question de la *choura* reste une affaire de conseil, une vertu du gouvernant mais jamais une affaire d'obligation ou de devoir. Pour ceci, *a-choura* est une chose et la démocratie en est une autre »⁵⁴⁹.

Al-Jabri démontre ainsi que le discours idéologique masque son refus par une tentative qui vise à récupérer la coque du concept et de le remplir avec un contenant personnalisé. Mais, en réalité, ni le concept de démocratie, ni celui de la *choura* ne restent

⁵⁴⁸ Mohamed Abed Al-Jabri, *Democracy, human right and law in islamic thought*, op.cit., p. 123

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 125.

inchangés. Finalement la tentative de préservation idéologique pour garder la raison juridique intacte peut mener au changement juridique et avoir les effets contraires à ceux qui étaient désirés initialement. La raison devient « sans objet n'étant en rapport ontologique avec le contexte d'où elle tire sa forme, ni en rapport substantiel avec la mémoire d'où lui vient son contenu »⁵⁵⁰.

Certains auteurs musulmans, comme Abdullahi Ahmed A-naim ont choisi d'appeler à une réforme radicale de l'idée du gouvernement dans la raison juridique islamique en affirmant que « l'Etat est territorial, pas islamique »⁵⁵¹, et qu'aussi longtemps que l'Etat sera considéré comme islamique, les sociétés seront enfermées dans des débats stériles qui visent à savoir si la démocratie ou le constitutionnalisme sont islamiques⁵⁵². Bien évidemment, de telles positions ne peuvent recevoir aucune validation puisqu'elles sont radicales et mènent directement à une conséquence imaginable pour les Etats au référent islamique : la laïcité.

B. De la laïcité

Contrairement au principe démocratique, on ne peut pas dire que le principe de la laïcité est ouvertement endossé par le droit international. Ceci étant nous considérons que la conception du droit et l'attitude des institutions internationales mène directement à ce que la laïcité soit considérée comme un principe du droit international. Ce principe semble constituer une dissonance totale avec l'idée de la légitimité du pouvoir développée par la raison juridique islamique, étant donné qu'« un processus de laïcisation émerge quand l'Etat ne se trouve plus légitimé par une religion ou une famille de pensée particulière et quand l'ensemble des citoyens peuvent délibérer pacifiquement, en égalité de droit et dignité, pour exercer leur souveraineté dans l'exercice du pouvoir politique »⁵⁵³.

Nous allons donc, en premier lieu, repérer les points qui, dans le droit international, permettent de déduire qu'il y a consécration du principe de laïcité, pour ensuite décortiquer la réaction, assez évidente, de la raison juridique islamique à ce principe considéré comme subversif.

⁵⁵⁰ Daryush Shayegan, *Qu'est ce qu'une révolution religieuse ?*, Paris, Les presses d'aujourd'hui, 1982, p. 143.

⁵⁵¹ Abdullahi Ahmed A-naim, *Islam and the secular state : negotiating the future of sharia*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 30.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 34.

⁵⁵³ Jean Baubérot, *Les laïcités dans le monde*, Paris, PUF, 2007, p.3.

1. L'émergence de la laïcité en tant que standard en droit international

La principe laïque peut en effet constituer le résultat naturel du nouveau paradigme axiologique en droit international. La *lex humanitatis* ayant pour socle les idées de droits de l'homme, d'universalité, d'Etat de droit et de démocratie ne pouvait que déposséder le droit divin d'un domaine jadis réserver. Ce nouveau paradigme a pour effet la création de « modifications, voire des mutations, dans les relations entre l'Etat et les religions, qui sont autant de pas vers la reconnaissance du principe de laïcité »⁵⁵⁴.

Ainsi, le principe de laïcité est protégé en droit international à partir du statuts dont bénéficient les droits, mais aussi à partir de la pratique protectionniste des institutions des Nations Unies à l'égard de ces droits.

a. La laïcité par les droits (et le droit)

C'est la DUDH qui avance le principe laïque à tous ceux qui y souscrivent en disposant dans son article 18 que : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ».

L'ordre des libertés n'est pas anodins ni, d'ailleurs, la distinction opérée entre elles. La liberté de pensée peut être considérée comme la liberté mère qui englobe la liberté de conscience puis la liberté religieuse. Cet ordre nous rappelle celui présenté par Hobbes qui avançait qu'un citoyen devait certainement obéir à l'ordre, le cas échéant religieux, parce qu'il est ordre, mais qu'il n'est en aucun cas obligé de penser comme son gouvernant, étant libre d'exercer sa droite raison. La liberté de pensée serait donc le socle de l'exercice social et politique, elle implique la supériorité de la raison à la foi, qui ne se présente ainsi que comme l'une des modalités possibles du droit à la pensée.

Si l'ordre venait à être inversé, la pensée religieuse étant à la base de la conscience et de la pensée, le résultat serait tout autre, la pensée serait limitée par la forme que prend la religion. Or, dans la situation actuelle, c'est la religion qui bénéficie, ou pâtit selon les points de vue, des possibilités illimités qu'offre la liberté de pensée. Elle devient elle aussi objet de réflexion et de critique et ne résiste en rien devant la liberté de pensée. C'est d'ailleurs, pour cette raison, que la liberté de pensée est considérée comme une liberté subversive, elle ôte le

⁵⁵⁴ Guy Coq, *La laïcité : principe universel*, Paris, Editions Le Félin, 2005, p. 251.

voile de sacralité et permet à l'homme de puiser complètement dans ses facultés. « La liberté de pensée a donc pris ce sens de liberté de croire en une transcendance ou pas, et donc de pouvoir changer de religion (ou de confession), ou même d'aller jusqu'à abandonner toute croyance religieuse »⁵⁵⁵

Le corolaire de la liberté de pensée est celle qui se rapporte à la conscience. Cette dernière est, certes, conçu comme une liberté individuelle du point de vue de l'article 18 de la DUDH, mais a aussi une portée collective. Ainsi, « lorsqu'on externalise, 'seul ou en commun', cette liberté intérieure de conscience ou de pensée, cette liberté déborde sur la liberté d'expression et d'association [...] La liberté individuelle de religion implique que chacun de ces droits soient garantis à toute personne »⁵⁵⁶.

Dès lors, le principe de la liberté de conscience pose un principe de l'égalité quant à l'exercice de la foi religieuse, cette dernière étant reléguée au rang de conviction individuelle. On est au cœur même de l'idée de la laïcité qui en privant tout le monde du droit d'imposer son culte, accorde à chacun le droit et la sécurité de l'exercer, mais protège aussi l'exercice collectif de cette liberté pour tous, l'Etat ne faisant plus partie de cette secte ou de l'autre.

Il est arrivé que les Nations Unies, prennent ce qui a été considéré comme un pas en arrière par rapport à cette philosophie libertaire. La résolution 7/19 adoptée le 27 Mars 2008 par le conseil des droits de l'homme dans sa 40ème session ayant instauré le principe de la lutte contre la diffamation des religions sous l'impulsion de l'Organisation de la Conférence Islamique (OIC). Cette résolution a été considérée comme étant un frein à la liberté d'expression et au privilège de la libre critique qu'accordent les droits à la pensée et à la conscience. En 2012, le même thème a été repris par l'Assemblée Générale des Nations Unies qui, par sa résolution sur Lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation, la discrimination, l'incitation à la violence et la violence fondés sur la religion ou la conviction⁵⁵⁷, avait annulé la première résolution et favorisé une appellation beaucoup plus neutre qui s'inscrit finalement mieux dans le cadre de sa philosophie fondatrice. Ainsi, les institutions des Nations Unies veillent à assurer la laïcité.

b. La laïcité par la pratique des institutions

⁵⁵⁵ Valentine Zuber, « La liberté de conscience », in Jean Baubérot (dir.), *La laïcité à l'épreuve : religions et libertés dans le monde*, Paris, Universalis, 2004, p. 169.

⁵⁵⁶ Alain Garay, « L'exercice collectif de la liberté de conscience religieuse en droit international », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 67, 2006, p. 600.

⁵⁵⁷ A/RES/67/178 du 28 Mars 2013, *Lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation, la discrimination, l'incitation à la violence et la violence fondés sur la religion ou la conviction*.

Nous allons nous intéresser dans ce cadre à la pratique des institutions des Nations Unies quant à la protection de la laïcité et surtout à l'apport des rapporteurs spéciaux.

En effet, « le Rapporteur Spécial sur la Liberté de religion et de conviction cristallise et rassemble, à lui seul, un véritable mandat multidisciplinaire. Une véritable stratégie pour les droits de l'homme, la culture de la paix et le dialogue des cultures et des civilisations animent son mandat »⁵⁵⁸. Le Rapporteur Spécial rédige des rapports sur les situations de violations dans les Etats, suite à des visites et une procédure de suivi qui consiste à contrôler l'évolution de la situation. Il transmet des appels urgents et des communications aux Etats concernés quant aux allégations qui leurs ont été adressés dans les rapports⁵⁵⁹. En s'acquittant de ses fonctions conformément à la résolution 2004/36 adoptée le 19 avril 2004 par la Commission des droits de l'homme, le Rapporteur Spécial contribue à l'élimination des formes d'intolérance religieuse en mettant en lumière les pratiques et les abus des Etats et en mettant la pression pour qu'ils en viennent finalement à se conformer aux standards internationaux quant à la matière.

Dans ce cadre, le rôle du Rapporteur Spécial est de promouvoir une vision neutre de la religion et préserver l'équilibre avec d'autres libertés individuelles. Dans ce sens Mme. Asma Jahangir, Rapporteuse Spéciale sur la liberté de religion ou de conviction confirme que « le droit à la liberté d'expression est aussi précieux que le droit à la liberté de religion ou de conviction. Ce sont deux droits de l'homme fondamentaux et essentiels qui devraient être également respectés et protégés »⁵⁶⁰.

Cette vision trouve ses fondements dans la conviction initiale dans les droits de l'homme et de la démocratie, c'est dans ce sens que le Rapporteur Spécial Abdelfatteh Amor a insisté sur le fait que « l'action de la promotion de la liberté de religion ou de conviction demeure intimement liée à l'action de promotion de la démocratie et du développement. L'extrême pauvreté, en particulier, est de nature à rendre illusoire les droits de l'homme et à favoriser l'extrémisme. C'est à dire qu'on ne peut pas dissocier les droits de l'homme »⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Wassim Belhedi, *Le principe de laïcité en droit international*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2011, p. 118.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ E/CN.4/2005/61 du 20 décembre 2004, *Droits civils et politiques notamment la question de l'intolérance religieuse*, Rapport soumis par Asma Jahangir Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction.

⁵⁶¹ E/CN.4/1999/58 du 11 janvier 1999, *Droits civils et politiques et notamment : Intolérance religieuse*, Rapport soumis par Abdelfattah Amor rapporteur spécial sur l'intolérance religieuse, para. 123.

Dès lors, la pratique des Rapporteurs participe à instaurer une culture laïcisée des droits et ramène le droit à la liberté religieuse, sur un terrain autre que celui du sacré. Ou plutôt le ramènent-ils sur un autre terrain sacré, celui des droits de l'homme, indissociables, indivisibles et ayant tous la même importance aux yeux des institutions Onusiennes.

Cette perspective laïque du droit international rend encore plus difficile la conciliation du discours de la légitimité du pouvoir qui tire sa validation du fondement religieux.

2. L'impossible conciliation

Tout comme pour la démocratie, la réaction primaire à la laïcité est bien évidemment un rejet définitif. D'ailleurs, Abdou Filaly-Ansary résume les rapports entre Islam, démocratie et laïcité dans le discours idéologique comme tel : « *L'islam est hostile à la laïcité. Or la laïcité est indispensable à la démocratie. Donc l'islam est incompatible avec la démocratie* »⁵⁶². Le syllogisme est clair, le tout est lié donc le tout est rejeté.

Il va de soi que pour un droit qui tire directement sa validité et sa légitimité de l'argument transcendantal, reléguer la religion à la case de la pratique individuelle aurait pour conséquence l'écroulement des piliers mêmes de la théorie philosophique du pouvoir. Et c'est en ce sens que la conciliation semble impossible et que le rejet se fait naturellement. Puisque trouver d'autres piliers qui seraient aptes à opérer une reconstruction de la philosophie du pouvoir semble faire face à une handicap de taille, toute reconstruction est interdite. L'œuvre est déjà parfaite. Alors pour intégrer de nouveaux paradigmes, il faut tordre le sens même du concept et le faire rentrer de force dans un moule qui ne lui va pas. L'opération est artificielle, vouée à l'échec, elle renforce encore plus la position idéologique du rejet qui aurait comme argument que la déchéance de la société est due à l'abandon des règles authentiques de sa gestion. Selon Filaly-Ansary, « si, de nos jours, on continue à vouloir pratiquer 'la politique dans la religion', cela semble être en raison directe de l'impossibilité de pratiquer la politique sur son propre terrain, c'est à dire dans un domaine qui lui est propre et selon des procédures séculières. Il n'est pas étonnant dans ces conditions que la revendications islamiste soit la plus forte et la plus violente là où les pouvoirs ont longtemps œuvré pour le verrouillage du champ politique »⁵⁶³. Dès lors, l'inertie politique et juridique et l'absorption de l'exercice du pouvoir dans le discours religieux a rendu impossible le développement d'une pensée séculariste propre à la raison juridique islamique.

⁵⁶² Abdou Filaly-Ansary, « Islam, Laïcité, Démocratie », *Pouvoirs*, N. 104, 2003, p. 5.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 12.

Donc, plus important que l'incompatibilité au niveau des conséquences politiques et sociales du concept de laïcité, et qui pourraient être éventuellement dépassés, est le fait que le concept n'a pas eu de genèse islamique propre. Ainsi Filaly-Ansary explique que « l'expression séculier n'existant pas, celle qui a été choisie initialement pour en exprimer le contenu comportait des connotations qui pointaient vers d'autres directions. Le terme adopté au XIX siècle pour traduire cette notion est *ladini*, ce qui veut dire littéralement 'non religieux', 'areligieux' ou 'antireligieux'. Les musulmans se voient donc proposer ou croient qu'on leur propose un modèle marqué par l'irrégion au moment même où ils sont soumis à la pression européenne et bouleversés par les sombres perspectives qui doivent en découler. Les premières réactions des masses musulmanes ont été marquées par le rejet, puisqu'on ne pouvait concevoir de moralité, d'ordre social, ni même de la vérité en dehors de la religion et encore moins contre elle[...] Les termes '*ilmaniya* ou '*alamaniya*, techniquement plus proches du sens du mot « sécularisme » (par référence à la notion de '*alam*, univers ou monde sensible) resteront chargés de ce lourd héritage»⁵⁶⁴. Jusqu'à nos jours, ces termes continuent à susciter la véhémence de la masse qui continue à amalgamer laïcité et athéisme.

Il se peut que cela ne soit pas la réalité, il se peut qu'à la base, il y ait malentendu, mais peu importe. Le discours idéologique avait inversé une réalité pour en installer une nouvelle, celle de l'impossible conciliation. Le choix de traduction au XIX siècle n'est pas dû seulement à l'étrangeté du concept, mais aussi à une compréhension et à un point de vue, tout au plus une interprétation téléologique. Quoi qu'il en soit, la laïcité n'a pas de beaux jours devant elle en terres d'Islam. Le refus de ce concept est une question de conviction ou d'infidélité. Pour le croyant, destinataire du droit, le choix semble être facile.

Il s'avère ainsi que l'idéologie juridique de l'obligation, dans la continuité de l'idéologie des valeurs pose les jalons de la légitimité institutionnelle et juridique de la raison juridique. Plus encore, elle permet de renforcer le consensus sur le mode social préconisé par cette dernière. Pour sa part, le droit international semble passer pour un mal inévitable, puisque l'attitude courante pense que « désormais droit international et droit interne ne se distinguent plus par leur objet, mais uniquement par leur mode de formation »⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Abdou Filaly-Ansary, « Islam, Laïcité, Démocratie », *op.cit.*, p. 14.

⁵⁶⁵ Sana Ben Achour Derouiche et Slim Laghmani, « Droit international, droits interne et droit musulman », in UNESCO-CERP, *La non discrimination à l'égard des femmes entre la convention de Copenhague et le discours identitaire*, Colloque Tunis 13- 16 janvier 1998, p. 56.

La raison juridique islamique a bel et bien fondue dans la forme de l'Etat moderne, mais l'objection constitue un tabou, un embarras au niveau de l'objet. Pour survivre, cette dernière se doit à tout prix de gagner cette le défi que pose cette polysystème que l'on dirait conjoingante puisque les deux systèmes survivant dans le même champs de validité au niveau de la forme, se disputent l'objet du droit et le dire-droit comme mécanisme de régulation sociale.

Ainsi, la réaction pour la préservation semble concourir à atteindre une certaine stabilité du système juridique dans cette situation d'hybridité très inconfortable. Pour ce faire, Une fois le droit lié aux valeurs, au légitime et à l'obligatoire, peuvent intervenir les sanctions.

CHAPITRE II : LA PRESERVATION DE LA RAISON

JURIDIQUE ISLAMIQUE PAR LA CONTRAINTE DE LA

SANCTION

La contrainte par la sanction nous renvoie automatiquement à la notion de peines. Ces dernières, ainsi que le droit pénal en général, peuvent nous renseigner sur ce qu'une société et ses gouvernants considèrent comme le corps de valeurs substantielles à leur identité. Elles représentent aussi une garantie contre l'affaissement des structures du système juridique, en maintenant la cohérence des pratiques avec l'esprit de la raison juridique incarnant les dites valeurs. Aussi, peuvent-elle se dresser comme le dernier rempart contre la disparition d'une raison juridique qui n'est plus capable d'absorber les développements d'une société et de les traduire en termes juridiques. On peut donc imaginer qu'un trop plein de l'usage des peines est en lui-même un signe de la défaillance du système qui ne peut plus convaincre essentiellement par le moyen de son idéologie.

En effet, les sanctions ne peuvent maintenir le système par elles-mêmes. C'est seulement quand l'autorité du dire-droit est liée au juste, au bon et au légitime qu'il devient acceptable par le destinataire du droit de se plier aux sanctions de tout dépassement aux standards posés et intériorisés. En effet, « les sanctions constituent un appoint indispensable à l'idéologie des valeurs, de l'obligatoire et de la légitimité. Elles sont le recours ultime contre celui qui ne s'est pas laissé imprégner par l'idéologie juridique, qui mène normalement au respect du droit imposé »⁵⁶⁶. Ainsi, tout comme l'idéologie juridique, les sanctions représentent une tentative de régulation du système qui puise à l'intérieur même de ce dernier pour préserver son authenticité et sa cohérence. Mais elles restent fortement tributaires de l'autorité du corps qui les impose pour que leur propre autorité soit reconnue et crainte.

Concernant la raison juridique islamique, l'usage des sanctions telles que présentées par la doctrine traditionnaliste constitue le paroxysme de la préservation par la contrainte. Non seulement, nous avons affaire à une pratique de la contrainte au sens littéral, mais nous assistons aussi à un traitement personnalisé et direct des cas de transgression contrairement à la contrainte idéologique qui s'adresse aux destinataires du droit en tant que groupe et les

⁵⁶⁶ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T1*, op. cit., p. 312.

traite d'une manière indifférenciée. Par ailleurs, ce type de contrainte revêt la plus grande importance aujourd'hui, quand on sait que les assises mêmes des systèmes juridiques basés sur la raison juridique islamique se trouvent bouleversés par l'incapacité de gérer l'hybridité introduite par la polysystème. Une incapacité qui pousse à renforcer les statuts juridiques basés sur la doctrine traditionnaliste et à développer un rapport de rejet des principes du droit international s'appliquant à cet égard.

Il convient dès lors de s'attarder sur le contenu de la théorie juridique des sanctions islamiques (Section I), avant de d'analyser son usage pour contrer l'instillation des principes du droit international dans les systèmes concernés (Section II).

SECTION I : LA THEORIE DE LA SANCTION EN DROIT

MUSULMAN

Bien qu'elle ne constitue pas une partie importante quantitativement de la science juridique islamique, la théorie pénale ne cesse de créer des controverses et est considérée comme une construction anachronique, voire même dangereuse quand il s'agit de la protection des droits de l'homme.

Pourtant, force est de constater que le recours strict aux principes posés par cette théorie dans les systèmes à raison juridique islamique est rare aujourd'hui. A l'exception près de certains Etats qui consacrent officiellement les pratiques qui en découlent, et d'une structure parallèle qui se dit Etat Islamique et semble innover dans la mise en œuvre de ces pratiques, l'adaptation de la raison juridique traditionnelle au systèmes modernes semble avoir mis de côté les interprétations littérales du texte religieux/juridique.

Considérant ces faits, il peut sembler vain d'étudier les contours de la théorie pénale dans la tradition juridique pure. Mais, si on veut arriver à modéliser les réactions cette raison juridique au contact du droit international, et de son paradigme conquérant des droit de l'homme, on ne peut passer à côté de cette partie importante qualitativement. En effet, l'importance est de cet ordre puisque la réaction par la préservation tend à notre avis à bander la déchirure que connaît la raison juridique en faisant renouveler ses assises premières et en renforçant les principes qu'elle impose. Quand le diseur du droit rentre dans une logique protectionniste de la perception traditionnelle du droit, de la société et de ses prérogatives, il en résulte un durcissement du volet pénal dans le but de protéger la configuration des statuts et des rôles attribués à chacun par la raison juridique traditionnelle. La compréhension de la théorie pénale traditionnelle devient donc substantielle puisque le recours qui y est fait montre que la réaction en préservation, et par conséquent les contradictions au sein du système juridique, sont à leur paroxysme.

Il convient dès lors de s'attarder sur ce qu'on peut appeler la philosophie de la peine dans la raison juridique islamique, ou encore ce qui pourrait constituer les termes d'une politique criminelle (Paragraphe 1), avant de passer en revue l'ensemble de peines prévues dans ce cadre et qui créent autant d'émules autour des systèmes qui les mettent en œuvre (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : Une politique criminelle islamique ?

L'ajout du critère islamique au concept de politique criminelle peut paraître inadapté et même inconcevable au premier abord. En effet, si on part du fait que le concept de politique criminelle est un pur produit de la modernité juridique démystifiée, on peut estimer qu'il est illogique de l'associer à une structure de dogme religieux. Plus encore, la définition initiale du concept par son inventeur Feuerbach permet de noter l'étendu de cette distance puisque la *Kriminal Politik* y est considérée comme « l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'État réagit contre le crime »⁵⁶⁷. Cette définition est strictement limitée par les contours du droit pénal étatique, ce qui renferme la politique criminelle dans le champ des procédures et de la mise en place de l'ordre. Au mieux, elle ne peut s'appliquer qu'au droit pénal étatique inspiré par le droit musulman. Auquel cas, il n'est plus important de connaître les sources dudit droit puisque nous restons dans le cadre formaliste de la définition. Le législateur ayant incorporé cette réponse aux déviances et transgressions de l'ordre et l'ayant qualifié de pénale.

Clairement, ce n'est pas sur cette conception de politique criminelle que nous nous fondons quand nous parlons de l'existence d'une politique criminelle islamique, mais plutôt d'une définition plus élargie. Cette définition considère la politique criminelle hors des frontières du droit pénal posé pour s'intéresser plus à l'idée de finalité. Mireille Delmas-Marty nous offre une formule qui concrétise cette idée, tout en restant inspirée du concept initial de Feuerbach. Selon elle, la politique criminelle constitue l'« ensemble des procédures à travers lesquelles le corps social organise les réponses au phénomène criminel », et est fondée sur « la théorie et la pratique des différentes formes du contrôle social »⁵⁶⁸. C'est donc cette conception ouverte de la politique criminelle que nous choisissons d'adopter. Cette perspective nous permet de construire le concept de politique criminelle islamique qui se présente comme un idéal de contrôle social ayant pour vocation d'évoluer en une forme de réponse étatique ou l'est déjà.

Ainsi, on peut lier le concept de la politique pénale islamique à celui de la raison juridique puisque les deux peuvent exister hors du champ limité du droit imposé et posent la problématique de la synchronisation entre les attentes/réponses sociétales et les rôles/réponses

⁵⁶⁷ David Deroussin, « Politique criminelle et politique pénale », in Mission de recherche droit et justice, Université Jean Moulin Lyon III (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIXème siècle*, Actes de colloque 19, 20 Septembre 2002, p. 3.

⁵⁶⁸ Mireille Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 2001, p. 5.

de l'ordre juridique étatique. Si nous revenons au contexte général de ce chapitre qui détermine la sanction comme un moyen de préservation de la raison juridique afin que le système qui en résulte puisse préserver sa prérogative de contrôle sociale, comprendre ce concept de politique pénale islamique devient d'une importance capitale. En effet, cela nous permet d'identifier les fondements de la théorie des sanctions. Ces derniers donnant lieu à une vision de la société qui donne une légitimité au système juridique, mais sur laquelle il agit au même temps, soit pour la renforcer ou la modifier selon la nécessité et le degré d'instabilité de sa raison créatrice. Il s'agit donc, pour la compréhension de cette politique criminelle islamique de passer par deux étapes. La première étant de déterminer les contours de la théorie de la violence légitime (A) et la seconde étant celle qui vise à mettre en avant les buts derrière les sanctions (B).

A. Les contours de la théorie de la violence légitime

La théorie de la violence légitime en islam trouve ses origines dans la symbolique théologique qui investit le domaine de la raison juridique (1). A partir de cette symbolique, il est possible de déterminer dans quel cadre on peut qualifier une violence de légitime (2).

1. De la symbolique théologique à l'ordre éthico-juridique

Parler d'une politique criminelle qui pose les jalons du droit pénal islamique présuppose que celle-ci ait vocation à s'appliquer dans un cadre institutionnel. Bien que ce dernier n'a pas été pensé dans les termes du concept moderne de l'Etat, il est permis de croire qu'il existe des similarités tant l'usage de la violence n'est pas important en soi mais plutôt pour les raisons qui font que son exercice par les forces en place est légitime et indiscuté. Nous nous retrouvons, malgré l'étrangeté du rapprochement, sur le terrain de la pensée Weberienne qui considère la violence comme le « moyen spécifique » du pouvoir en place, en l'occurrence l'Etat, afin de respecter les normes juridiques en vigueur⁵⁶⁹. Cependant, pour Weber, ce n'est pas la violence propre qui est intéressante, puisqu'elle reste présente hors des circuits institutionnels, mais plutôt le monopole de son exercice légitime⁵⁷⁰. Ainsi, il est important de se pencher sur la question spécifique de l'exercice légitime de la violence car, justement, les arguments en faveur de cette légitimité constituent les contours de la théorie de

⁵⁶⁹ « La violence n'est naturellement pas le moyen normal ou le moyen unique de l'État (il n'est pas question de cela), mais bien son moyen spécifique ». Max Weber, « La politique comme profession et vocation », traduction personnelle de Catherine Colliot-Thelene, « La fin du monopole de la violence légitime ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, Vol. 34, N. 1., 2003, p.6.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 7.

la violence légitime dont se dote chaque système. En effet, il ne faut pas ignorer le fait que toute violence, même celle institutionnalisée, nous renvoie à un système dans lequel elle s'inscrit et prend forme. Dans ce sens, la doctrine juridique islamique ne manque pas d'offrir un discours de légitimation de la violence institutionnelle que nous d'étayer dans cette section. Bien évidemment, parler d'une doctrine juridique islamique unique est réducteur et ne rend absolument pas compte des divers lectures et interprétations du texte. Cependant, on a fait le choix de s'en tenir aux positions majoritaires qui sont, d'ailleurs, les plus connues.

A cet effet, il convient de revenir à un verset qui peut à lui seul résumer la théorie de la violence légitime qui a finit par marquer la raison juridique islamique. Ainsi, on peut lire dans le texte coranique ce qui suit : « Nous avons envoyé nos prophètes avec des preuves indubitables. Nous avons fait descendre avec eux le livre et la balance afin que les hommes observent l'équité. Nous avons fait descendre le fer qui contient pour les hommes un mal terrible et des avantages, afin que Dieu, dans son mystère, connaisse celui qui le secourt, lui et ses prophètes. Dieu est fort et puissant »⁵⁷¹. Ce verset a été interprété par plusieurs commentateurs du texte coranique comme étant le porteur d'une théorie sur les règles de l'exercice du pouvoir politique et juridique. Ces règles se trouvent condensées dans la symbolique du triptyque « livre, balance et fer ». Comme l'explique le professeur Yadh Ben Achour, « ces symboles expriment la volonté de Dieu sur terre. Le livre en constitue l'expression lisible, la balance est le symbole du droit et de la justice, considérés comme un don de Dieu lui-même, au même titre que le langage, enfin, le fer, à l'origine de l'outil transformant la nature devient à la fois le symbole de la civilisation et de la contrainte sociale par les voies de la violence »⁵⁷².

D'ailleurs, dans son ouvrage monumental, Attahir w-Attanwir, le Cheikh Mohamed Attahir Ibn Achour avance une interprétation qui va dans le même sens. Il explique que le livre représente la transmission de l'ordre divin tout en rappelant le verset « Nous avons fait descendre sur toi le livre avec la vérité, afin que tu juges entre les hommes d'après ce que Dieu t'a fait voir »⁵⁷³. Le livre est donc un code de normes et de règles à appliquer en respectant la balance. Cette dernière, l'auteur la définit comme étant l'application de l'ordre divin par l'observation de la justice. Il assimile la balance au verset qui dispose « Dieu vous

⁵⁷¹ *Coran*, Sourate 57:25, *op.cit.*, p. 724.

⁵⁷² Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, *op.cit.*, p. 134.

⁵⁷³ *Coran*, Sourate 4:105, *op.cit.*, p. 121.

ordonne [...] de juger selon la justice, lorsque vous jugez entre les hommes »⁵⁷⁴. Enfin, le fer doit être utilisé à bon escient pour préserver l'ordre public et empêcher les actions frauduleuses.

Il s'agit là d'une philosophie du gouvernement qui impose une hiérarchie selon laquelle le livre dispose des normes d'origine divine dont l'observation par les gouvernants vise à réaliser une justice parfaite et auxquels tout contrevenant parmi les hommes sera redressé par le fer, c'est à dire par la force des armes. Cette philosophie est renforcée dans les idées de Ibn Taimiya qui annonce explicitement que « celui qui violera les dispositions du livre sera redressé par le fer. Ainsi, à la base de la religion se trouvent le livre et le glaive »⁵⁷⁵.

Quelques remarques s'imposent à ce sujet. D'abord, on constate comme toujours le flou des frontières entre la raison théologique et la raison juridique. Plutôt, il s'agit de l'absorption du domaine juridique par le domaine théologique. Ainsi le livre est porteur de la vérité (*haqq*) qui est à la fois une vérité d'ordre eschatologique mais aussi d'ordre normatif. Cela revient au fait que le sens du mot (*haqq*) est multiple. Ce dernier désigne la vérité au sens propre et reste confiné au niveau théologique, mais aussi le droit objectif en étant le bon qui se distingue du mauvais, du faux (*batel*) ainsi que les droits subjectifs des personnes (*houquq*). Ce large spectre permet au livre de devenir une référence législative, un manuel de gouvernance politique et juridique qui est seul capable d'instaurer une juste balance des droits de chaque constituant représenté par la hiérarchie mentionnée ci-dessus. Aussi, il convient de mentionner que la justice, but premier de cette configuration théologique, politique et juridique est le principe. L'usage, du fer et du glaive symboliques n'est qu'une exception qui intervient pour redresser des situations non conformes aux dispositions textuelles et pour restaurer l'ordre qui en découle. Ibn Taymiya en considérant que le fondement de la religion repose sur le livre puis sur le glaive, a opéré un raccourci qui omet de mentionner que le glaive n'intervient que dans des situations réputées inéquitables selon les dispositions des normes textuelles. Le fer est donc le symbole d'une violence réputée légitime car orientée contre la déviance d'un certain ordre juridique et social. Ceci étant, la violence devient un devoir par lequel passe l'obligation de l'instauration de la justice. C'est d'ailleurs l'argument retenu par le Cheikh Ibn Achour qui considère que « le fer n'intervient que pour contrer les raisons qui poussent à son usage et non pas pour faire taire la justice [...] car ceci va à

⁵⁷⁴ *Coran*, Sourate 4:58, *Ibid.*, p. 111.

⁵⁷⁵ Ibn Taimiya, *Assiyassa a-chari'a*, *op.cit.*, p. 24.

l'encontre des raisons pour lesquels Dieu à instauré les choses »⁵⁷⁶. Il cite à cet effet les deux versets suivants : « Dieu n'aime pas la corruption (*Fassaad*) »⁵⁷⁷ et « je ne cherche pas à vous contrarier lorsque je vous défends quelque chose ; je veux seulement vous réformer (*Islaah*) »⁵⁷⁸.

Cette dialectique entre la corruption et la réforme explique le statut accordé à la violence qui devient, même rattachée à l'occurrence effective d'une transgression, un devoir tant politique que religieux. Dans ce sens, la violence revêt les caractéristiques d' « un concept théologique et politique central puisqu'il est directement rattaché à deux dogmes : l'ordre et la norme [...]. L'ordre et la norme étant les deux critères de jugement de la violence honnie et de la violence juste. L'un désordonne, égare, viole l'ordre et la norme que Dieu établit dans l'univers corruptible, l'autre rétablit l'ordre et la norme »⁵⁷⁹.

L'ordre instauré et les normes qui le régissent sont donc atteints par la constante réforme (*islaah*). Les éléments de cet ordre soumis au péril de la corruption (*fassad*), le Professeur Yadh Ben Achour les ramène au nombre de quatre. La vie dont la suppression arbitraire interrompt le cycle naturel des choses. Le bonheur qui provient de l'absence de souffrance et de la jouissance physique et morale des choses instaurées. La cité politique qui permet à l'Homme d'évoluer, Ben Achour la qualifie de « prière collective » puisque celle-ci évolue vers une perspective religieuse. Et enfin, le témoignage (*chahada*) de la foi envers Dieu mais aussi de l'obéissance envers ses émissaires et envers les gouvernants protecteurs de son ordre. Le témoignage devient aussi un acte qui revêt un caractère politique⁵⁸⁰.

De tous ces éléments se dégage une idée de la violence sacrée puisque sa mission est de perpétuer l'instauration de l'ordre et de la justice qui en résulte. Cette violence, vue la hiérarchie établie par la symbolique religieuse, est une prérogative exclusive du pouvoir qui s'explique par son rôle religieux. Ceci étant, et malgré tous les dérapages historiques, cette violence ne peut être ni arbitraire ni revancharde. Il faut insister sur le fait que c'est une violence légitime car juste et qui a pour mission de bannir une violence reprochable agissant au nom de la corruption. La philosophie aux fondements de la théorie de la violence nous permet de nous en rendre compte.

⁵⁷⁶ Moahmed Attahir Ibn Achour, *Tafsir attahrir wa-tanwir*- T. 27, Tunis, Maison Tunisienne d'édition, 1984, p. 417.

⁵⁷⁷ *Coran*, Sourate 1: 205, *op.cit.*, p. 41.

⁵⁷⁸ *Coran*, Sourate 11: 88, *op.cit.*, p. 298.

⁵⁷⁹ Yadh Ben Achour, « Violence et politique en Islam », *Lignes*, Vol. 25, n°2, 1995, p. 162.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 163.

2. Détermination des contours de la violence légitime

A la lumière de ce qui précède, il ressort qu'il existe deux types de violence. La première, illégitime, devant être contrée et redressée, est celle qui incite à la corruption et même à l'abolition de l'ordre religieux et politique instauré par les normes divines. La seconde réponse, légitime et même obligatoire, est considérée comme une violence vertu.

La violence illégitime est généralement indiquée par le concept du (*fassad*) qui renvoie littéralement à la corruption mais couvre un large spectre de sens en indiquant parallèlement le mal, la transgression et la violation. Tous ces sens sont couverts par le texte coranique dans lequel on peut lire : « Leur cœur est malade : Dieu aggrave cette maladie, un châtement douloureux sera le prix de leur mensonge. Lorsqu'on leur dit : Ne semez pas la corruption sur la terre, ils répondent : ne nous sommes que des réformateurs ! Ne sont ils pas eux mêmes des corrupteurs et ils n'en ont pas conscience ! »⁵⁸¹, ou encore « Dès qu'il tourne le dos, il s'efforce de corrompre ce qui est sur terre ; il détruit les récoltes et le bétail, -Dieu n'aime pas la corruption- »⁵⁸². Ces deux versets renvoient à deux notions élémentaires quand il s'agit de déterminer les types de violences illégitimes. Le premier insiste sur la violence portée sur l'ordre de la croyance qui touche à la fois le système religieux et politique. Renier la foi (l'apostasie) ou le maître (la rébellion) ont acquis au cours de l'histoire et des interprétations le statut de violences impardonnables. Pour sa part, le second verset renvoie aux violences matérielles qui touchent aux biens et à l'ordre social tel que le vol, le meurtre, la fornication ou encore le banditisme. Nous n'allons pas procéder à l'analyse de ces violences dans le présent paragraphe puisque nous leur consacrerons un paragraphe spécifique. Il s'agit pour le moment mettre en exergue le mode de pensée qui précède à de telles catégories.

La violence légitime vient donc sous forme de réponse, pour restaurer l'ordre et la justice. Concept phare, il faut différencier la justice divine, donc parfaite, de la justice humaine, qui a une fonction religieuse, politique et sociale et qui tend à imiter le modèle divin et à recréer ses caractères. Le modèle divin se distingue par l'alternance des caractères de miséricorde, de puissance et de vengeance, toujours dans le cadre de la dialectique de l'ordre instauré et désinstauré. Ainsi on peut lire que « il avait fait descendre la loi. Un terrible châtement est destiné à ceux qui ne croient pas aux signes de Dieu. -Dieu est puissant, détenteur de vengeance- »⁵⁸³ et « Dieu pardonne ce qui appartient au passé, mais Dieu tirera

⁵⁸¹ *Coran*, Sourate 1 :11, *op.cit.*, p. 5.

⁵⁸² *Ibid.*, Sourate 1 :205, p. 41.

⁵⁸³ *Ibid.*, Sourate 2 : 4, p. 64.

vengeance de celui qui récidive. -Dieu est puissant, il est le maître de la vengeance-»⁵⁸⁴ ou encore « Nous nous sommes vengé de ceux qui commettaient des crimes et il était équitable pour nous de secourir les croyants »⁵⁸⁵. Mais la plus grande incarnation de cette compilation de caractères est la suivante : « La rigueur de ton seigneur est redoutable. Il est celui qui donne un commencement à la création et qui la renouvellera. Il est celui qui pardonne ; celui qui aime les hommes »⁵⁸⁶.

Pour sa part, la justice humaine, est au service de la justice divine qui se manifeste par le livre (les lois) et la balance (l'équité). Le fer de l'homme agit pour la restitution de l'ordre menacé par la corruption. La violence des hommes est donc une violence à la fois militante et croyante pour imposer ce modèle parfait mais aussi une violence pénale qui sanctionne, corrige et restitue les droits.

Comme le note le Professeur Ben Achour, « la violence militante est collective, donc militaire. Elle met en jeu le combattant pour la foi et pour l'ordre islamique »⁵⁸⁷. C'est donc une lutte d'essence politique qui cherche à défricher le terrain pour l'instauration de l'ordre juridique et social.

Nous rentrons là dans un cadre polémique tant au niveau historique que proprement intellectuel. Le professeur Ben Achour rappelle que cette violence peut être tournée à l'intérieur même de la communauté en mentionnant différentes catégories de « guerres d'intérêt public » citées par Mawardi dans son traité constitutionnel⁵⁸⁸. Tout d'abord, les guerres contre les renonçants comme celle entreprise par le premier Calife *Abu Bakr* après la mort du prophète et qui visait à éliminer les violeurs du pacte du témoignage. Au cours de l'histoire, ces guerres ont fini par être assimilées au Jihad. Puis, les guerres contre les schismatiques rebelles ou les hors la loi sont elles aussi assimilées à des guerres de police et de maintien de l'ordre⁵⁸⁹. Il va de soi que ce genre de violences considérées comme extrêmes reçoit les plus grandes sanctions car c'est l'équilibre stricte et sacré de l'ordre religieux et politique qui en dépend. C'est un domaine polémique puisque cet équilibre à l'essence stricte est fragile lorsqu'il s'agit de son usage et de sa mise en pratique. Il est très facile, à des fins politiques, de qualifier tout opposant ou insurgé de rebelle ou hors la loi et les

⁵⁸⁴ *Coran*, Sourate 5 : 95, *op.cit.*, p. 157.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, Sourate 31 : 47, p. 538.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, Sourate 85 : 12-16, p. 802.

⁵⁸⁷ Yadh Ben Achour, « Violence et politique en Islam », *op.cit.*, p. 168.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 169.

dépassements historiques peuvent d'ailleurs en témoigner. C'est d'autant plus fragile, du point de vue de la justice, que les peines consacrées à ce genre de catégories sont extrêmes⁵⁹⁰. Il s'agit donc d'un usage du religieux afin de revêtir de sacralité des enjeux et des intérêts politiques.

Concernant la violence légitime dirigée vers l'extérieur, il s'agit du (*qital*), combat mortel sur la voie de Dieu contre les impies et les mécréants. Ce devoir guerrier est souvent amalgamé au *jihad* qui couvre un sens bien plus large car synonyme à un effort personnel contre soi même, ses penchants et ses tentations. Ceci étant, le sens guerrier du concept de *jihad* n'est pas exclu⁵⁹¹ tout en arrojant un régime spécifique au gens du livre qui ont le choix de choisir la conversion ou la conservation de leur culte à condition de payer la (*jizya*) qu'on pourra qualifier d'impôt. Aujourd'hui, la conception la plus commune du *jihad* est celle qui consiste à croire que « l'obligation du *djihad* se fonde sur l'universalité de la révélation musulmane. La parole de Dieu et le message de Dieu s'adressent à l'humanité ; c'est le devoir de ceux qui les ont acceptés de peiner (*djâhada*) sans relâche pour convertir ou, tout au moins, pour soumettre ceux qui ne l'ont pas fait. Cette obligation n'a de limite ni dans le temps, ni dans l'espace. Elle doit durer jusqu'à ce que le monde entier ait rallié la foi musulmane ou se soit soumis à l'autorité de l'Etat islamique. Jusqu'à ce moment, le monde est partagé en deux, la maison de l'islam (*Dar al- Islam*), où s'imposent la domination et la loi de l'islam, et la maison de la guerre (*Dar al-Harb*) qui couvre le reste du monde »⁵⁹². Cette définition semble dénaturer le concept tel qu'il se présente vraiment mais présente aussi quelques confusions. En effet, l'opposition entre maison d'islam et maison de guerre n'avait pas d'ambition à dépasser les territoires mêmes de l'islam. En effet, « elle visait, pour les insurgés contre les autorités musulmanes, à légitimer leur action en présentant les territoires de ces autorités comme un domaine où le recours à la guerre était non seulement licite mais aussi obligatoire : ils ne désignaient pas quelque autre pays non musulman, mais bien des territoires dirigés par des musulmans dont ils contestaient la légitimité »⁵⁹³. Ainsi, il est possible de confirmer que

⁵⁹⁰ La mise à mort des renonçant. Quant aux schismatiques et aux hors la loi, il faut lire le verset 33 de la sourate la table qui dispose : « Telle sera la rétribution de ceux qui font la guerre contre Dieu et contre son prophète, et de ceux qui exercent la violence sur terre : ils seront crucifiés ou bien leur main droite et leur pied gauche seront coupés ou bien ils seront expulsés du pays. Tel sera leur sort : la honte en ce monde et le terrible châtement dans la vie future ». L'amalgame entre la figure des gouvernants et leur rôle de gardien de la parole divine et du message prophétique a fait qu'au cours de l'histoire, ces derniers servent leur intérêts en faisant rentrer les dissidents dans ces catégories et ce, au nom de la satisfaction de l'ordre divin.

⁵⁹¹ « Combats les incrédules et les hypocrites ; sois dur envers eux ! », *Coran*, Sourate 9 : 73, *op.cit.*, p. 254 et Sourate 66 : 9, *op.cit.*, p. 754.

⁵⁹² Bernard Lewis, *Le langage politique de l'islam*, Paris, Gallimard, 1988, pp. 112-113.

⁵⁹³ Mohamed Cherif Ferjani, « Islam, paix et violence », *Revue Projet*, Vol.4, N. 281, 2004, p. 51.

le concept de jihad est complexe et malléable et qu'il a eu autant de définitions que d'intérêts qui ont tenté de se légitimer en se présentant comme porteurs d'une cause juste. A juste titre, le Professeur Ben Achour confirme que « l'excès de politisation a brisé le concept, en a fait un simple label destiné au sacrement de l'action politique »⁵⁹⁴.

C'est sur le second de type de violence légitime, la violence pénale et restitutive, que nous allons nous concentrer. Ceci étant, on considère qu'il est important de prendre quelques libertés rédactionnelles pour mettre en lumière un aspect important et qui, si on s'engage à une analyse profonde, se trouve au centre même du sujet débattu. En effet, la violence jihadiste est aujourd'hui un symbole d'une violence beaucoup plus moderne, celle du terrorisme, qui pose un problème à l'échelle internationale et qui ambitionne même de redéfinir les frontières. Alors, la question qui se pose est de savoir si la théorie présentée ci-dessus est capable d'expliquer à elle seule cette maladie qui ronge les entrailles de pays entiers? Notre réponse est négative, car s'il est clair que la théorie qui a précédé est capable de présenter un terreau idéologique dans lequel pourront se développer les théories les plus violentes. Il existe autant d'arguments dans les textes, dans l'histoire et dans cette théorie même pour justifier des idées de paix et d'humanisme. La position à adopter relève donc de choix personnels qui sont influencés par beaucoup d'autres raisons. La résistance à la différence, l'embrigadement identitaire et le repli sur ses propres produits culturels et idéologiques, raisons qui nous ont poussé à entamer cette recherche, figurent en haut de la liste. Ainsi, il nous a nous semblé important de mettre en exergue cette malléabilité du texte et de la possibilité de son usage pour justifier des enjeux différents.

Pour revenir au sujet, la violence pénale est la violence légitime appliquée afin de garantir l'équilibre de l'ordre social. Cependant, elle n'a jamais été indépendante de l'ordre politique et fait, elle aussi, l'objet d'interprétations extensives qui dérivent d'extrapolation des buts spécifiques de la mise en place du système des sanctions.

B. Les finalités des peines

Certains courants sociologiques estiment que la peine peut être considérée comme une institution sociale. Dans ce sens, « la punition est considérée comme un artefact historique et culturel qui n'est pas seulement concerné par le contrôle du crime mais qui est aussi le produit

⁵⁹⁴ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., p. 156.

d'un éventail de forces sociales qui ont plusieurs autres ramifications »⁵⁹⁵. Dès lors, la punition ne présente plus comme une finalité en soi mais s'inscrit dans le cadre d'une conception spécifique de la société et des moyens dont cette dernière se dote pour réaliser son idéal.

Dans ce cadre, et au fil de ses interactions avec les diverses forces et structures en place, la raison juridique islamique a fini par élaborer un système de justice criminelle spécifique. Cette spécificité découle du fait que les justifications des peines établies sont intervenues *a posteriori*, et ce grâce à l'effort de juristes qui se sont adonnés à des interprétations philosophique et sociologiques des finalités des normes en général, y compris les sanctions pénales. Pour commencer les *ach'arites* invoquaient la futilité de chercher les finalités des normes imposés par le texte en se basant sur le verset vingt trois de la Sourate des Prophètes qui dispose que « nul ne l'interroge sur ce qu'il fait, mais les hommes seront interrogés... ». Ils avançaient aussi que Dieu ne pouvait être tenu par quelconque motivation en imposant ses normes puisque cela limiterait sa liberté, pourtant infinie⁵⁹⁶. Ces derniers ont été contredits par plusieurs écoles qui ont confirmé l'existence de finalités participant aux normes divines. Ces derniers insistent sur le fait que l'absence d'objectif frapperait l'action divine du défaut d'absurdité, ce qui va à l'encontre du texte lui même dans lequel on peut lire : « Nous n'avons pas créé par jeu le ciel, la terre et ce qui se trouve entre les deux. Si nous avions désiré un divertissement, nous l'aurions trouvé auprès de nous, si nous avions voulu agir ainsi. Tout au contraire : Nous lançons contre l'erreur la vérité qui lui écrase la tête et voilà que l'erreur disparaît »⁵⁹⁷. Aussi, refusent-ils la théorie selon laquelle la motivation limite la liberté de Dieu puisque cette dernière est le produit de sa volonté la plus complète, n'étant pas soumis à des règles qui le dépassent ou lui échappent⁵⁹⁸.

Ces discussions ont permis d'asseoir la théorie selon laquelle les sanctions procèdent d'une volonté d'instaurer un certain ordre d'intérêts. Ces interprétations qui trouvent leur point de départ dans la théorie générale de la violence, ont permis de renforcer les bases d'un système social aux structures spécifiques. Justement, ce sont ces structures mêmes qui

⁵⁹⁵ «Punishment is regarded as a historical and cultural artifact that is not concerned merely with the control of crime but is also shaped by an array of social forces that have many further ramifications». Farrukh Hakeem, Maria Haberfeld et Arvind Verma, *Policing Muslim Communities: Comparative International Context*, New York, Springer, 2012, p. 12.

⁵⁹⁶ Sami Aldeeb Abu-Sahlieh, *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Paris, Eyrolles, 2006, p. 237.

⁵⁹⁷ *Coran*, Sourate 21 : 16-18, *op.cit.*, pp. 422-423.

⁵⁹⁸ Sami Aldeeb Abu-Sahlieh, *Introduction à la société musulmane*, *op.cit.*, p. 238.

permettront à la raison juridique de perdurer et de dépasser les moments de crises on étant fortement ancrée dans les consciences de ses cibles. On ne respecte pas le droit seulement parce qu'il est obligatoire, même pas parce qu'il est sacré, mais parce qu'il permet la production permanente du même type d'interactions sociales. Une couche additionnelle de légitimation est assurée puisque la raison juridique garantit la perpétuation des modèles de reconnaissance classiques et établis. Par ailleurs, si ces derniers venaient à évoluer en opérant des modifications internes importantes ou s'ils sont concurrencés par une raison plus adaptée, le système des sanctions se trouve blasé puisqu'il peut se défendre en invoquant les arguments justifiant sa mise en place. Quand la peine n'est pas absurde et qu'elle n'est pas la finalité d'elle-même, elle devient beaucoup plus susceptible d'être acceptée et il devient possible de mesurer son efficacité par rapport aux finalités qui lui sont imposées dans le but de réaliser un certain sens de la justice.

En effet, on peut confirmer que les lois pénales islamiques ont été conçues dans l'intérêt large de la société qui prime sur l'intérêt de l'individu propre⁵⁹⁹. De ce fait, c'est la protection de cette dernière, considérée comme la voie vers l'instauration de l'ordre divin que vise l'établissement des peines. Cet axe choisi par la rationalité punitive a permis de formuler des buts propres à l'acte punitif qu'on peut distinguer en deux catégories. La première est celle qui vise les finalités générales des peines alors que la seconde attribue des finalités spécifiques selon le type de crime.

Dans les buts généraux de la peine on peut ainsi trouver la nécessité de d'assurer la punition du coupable d'une manière qui égale la gravité de son acte, l'importance de réprimer la répétition du crime et enfin, servir de leçon pour tout autre individu qui aurait pour dessin de commettre un acte similaire⁶⁰⁰. Muhammad Iqbal Siddiqi résume cette idée d'une manière assez inattendue mais qui a le mérite d'être claire en affirmant que « l'humiliation du coupable et la leçon pour le public sont les buts de la peine »⁶⁰¹. Foucault écrit dans ce sens que la punition est « la part la plus cachée du processus pénal. Ce qui entraîne plusieurs conséquences : Elle quitte le domaine de la perception quasi-quotidienne, pour entrer dans celui de la conscience abstraite ; son efficacité, on la demande à sa fatalité non à son intensité

⁵⁹⁹ Ali Akram Khan Sherwani, *Impact of Islamic Penal Laws on the traditional Arab society*, New Delhi, MD Publications, 1993, p. 41 et suiv.

⁶⁰⁰ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The penal law of islam*, Lahore, Kazi Publications, 1985, p. 10.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 9.

visible ; la certitude d'être puni, c'est cela, et non plus l'abominable théâtre, qui doit détourner du crime »⁶⁰².

Il s'agit d'une vision qui est en premier lieu rétributive, la peine est honte et affliction. On se place au niveau le plus modeste puisque la peine a pour but initial de restituer le mal fait. Il s'agit donc de ramener une situation d'inégalité à un état d'équilibre. La rétribution vise certainement l'auteur et la victime mais elle est surtout dirigée vers la protection de l'ordre social. Par ailleurs, la peine se veut aussi correctrice puisqu'elle vise à avoir un impact sur l'individu qui la subit. Cette disciplinarisation a donc pour effet « d'obtenir l'obéissance par l'intériorisation du réflexe de quelques règles de conduite. Il y a dans cette fonction une visée de transformation de l'individu mais, parce qu'elle repose sur une vision pessimiste de l'homme, elle ne vise que la conformité des conduites externes par intériorisation de l'interdit en tant que tel »⁶⁰³. Ainsi, c'est toujours le même esprit qui guide l'application de la peine. La peine correctrice n'est pas orientée vers la transformation car la réforme qu'elle apporte consiste à rendre l'interdit omniprésent dans les esprits. La sanction contraint en effet à deux niveaux. Le premier est celui de la dissuasion par l'imposition de normes de conduite et le second étant celui du passage effectif à l'application de la peine. Ces deux niveaux représentent une boucle finie. En effet, chaque peine dûment appliquée sert à rappeler la suprématie de la loi et d'affirmer la force inébranlée des structures de la société, et ce en sanctionnant la violation de leurs principes ce qui permet de perpétuer le système moral et juridique qui en est le produit. Enfin, l'axe qui se focalise sur le futur de la société en prévenant la déviance est la somme de toutes ces visions de la peine. La neutralisation, parfois au sens propre, de la déviance criminelle permet de protéger la société par l'élimination de la source du mal ou par le biais de l'effet éducatif, grâce à l'aspect intimidant, de la peine. La combinaison de ces trois finalités semble évidente, la punition équivalente au crime à tous points de vue, la disciplinarisation et la leçon au public par l'affirmation de la présence du pouvoir à prérogatives punitives semblent tous converger vers le rétablissement d'une situation initiale. Cette situation, c'est la justice et l'ordre instaurés qui doivent être maintenus par un système de justice criminelle toujours prêt à redresser la déviance d'une manière radicale.

⁶⁰² Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 2010, p. 16.

⁶⁰³ Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL), *Les représentations sociales de la sanction pénale : Une étude des normes de justice dans les mentalités contemporaines*, Rapport d'enquête, 2001, pp. 98-99.

Concernant les buts spécifiques des peines, il faut savoir que le texte coranique de référence prévoit des sanctions explicites seulement pour certaines offenses qui sont l'apostasie, l'adultère, le vol, l'insurrection armée et le brigandage, la consommation d'alcool et enfin la diffamation. La focalisation sur ces catégories a fait surgir l'idée qu'elles ont été sélectionnées pour indiquer que la vie, l'institution de la famille et de l'honneur, la propriété et l'ordre social et politique doivent être préservés et protégés. Il est donc considéré que ces catégories n'ont pas été laissés à la discrétion des hommes parce qu'elles revêtent une importance capitale par rapport à la vision de la société qu'instaure ce système juridique et moral mais aussi par rapport aux structures perçues comme fondamentales.

Par conséquent, ces finalités spécifiques ne font qu'entériner l'idée d'une théorie de contrôle social totalisante qui n'adhère pas à une perception individualiste du groupement donné mais plutôt d'une vision collectiviste qui ne laisse aucune marge discrétionnaire quant à la conception des institutions et du développement des pratiques. Par exemple, l'adultère est considéré comme une atteinte au système social et principalement à l'institution de la famille qui constitue la base de toute collectivité. C'est le cas aussi pour la diffamation qui nuit tant à l'institution familiale en touchant à l'honneur mais aussi à la société comme un tout indivisible⁶⁰⁴. Ceci est révélateur d'une volonté de faire dissoudre l'individu dans des cercles d'appartenances qui tendent à rétrécir ou s'élargir selon le contexte sans jamais disparaître. L'emprise du système juridique et moral est totale pour que l'emprise du système politique ne puisse jamais être discutée.

Toujours dans la perspective d'établir une certaine homogénéité sociale où toute dissidence est perçue comme un danger contre l'unicité compacte du groupement, la protection de l'ordre politique établi commence à revêtir une importance capitale puisque « tout système de gouvernement a pour but d'instaurer le système social et d'assurer la protection de la collectivité »⁶⁰⁵. Cette inter-connectivité des ordres sociaux, politiques et religieux indique que la finalité de la peine dans ce sens n'a pas pour cible initiale le criminel ou même la victime mais plutôt la communauté qu'il faudra protéger contre la corruption (*fassad*). La raison juridique opère donc sur trois niveaux qui, même s'ils interagissent, semblent évoluer sur des plans différents. En installant cette logique qui lie plusieurs structures à un sort commun, la raison juridique s'assure une large base de légitimité et une

⁶⁰⁴ Mohamed Ali Taskhiri, *Nadhra fi nidham al-3oukubat al-islamiya (Un oeil sur le système des peines islamiques)*, Beyrouth, Imprimeries Ta'arof, 1978, pp. 74-76.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 76.

implantation substantielle dans tous les domaines qu'elle peut toucher afin de dépasser tout moment d'instabilité.

Cette perception a même été étendue à d'autres catégories dont les sanctions. Dans ce sens, l'apostasie a été considérée comme un crime contre la religion mais aussi contre la société, car « le système social de tout groupement islamique est l'islam [...] sachant que les affaires du groupe ne peuvent avancer si son système est mis en doute et qu'il peut finir par disparaître »⁶⁰⁶. En instaurant cette liberté religieuse à sens unique, où l'individu est libre de rejoindre ou pas la religion⁶⁰⁷ mais inapte à la quitter⁶⁰⁸, on arrive à créer un cercle de loyauté fermé qui résiste aux aléas du dehors en créant une cohésion plus que complète, obligatoire. Ces finalités, qui placent le droit comme un vecteur d'unification lui assurent selon les défenseurs de cette théorie une effectivité maximale, qui ne peut être atteinte par les théories occidentales motivées par la protection des droits de l'homme. Selon l'Imam Khomeyni, « si on appliquait pendant une année seulement les lois punitives de l'islam, on déracinerait toutes les injustices et les immoralités dévastatrices. Il faut châtier les fautes par la loi du talion : couper la main du voleur, tuer l'assassin et non pas le mettre en prison, flageller la femme ou l'homme adultère. Vos égards, vos scrupules humanitaires sont plus enfantins que raisonnables. Aux termes de la loi coranique, n'importe quel juge réunissant sept conditions [...] est habilité à rendre la justice dans n'importe quel cas. Il peut ainsi juger et régler en un seul jour vingt procès différents, quand la justice occidentale met plusieurs années à les aborder »⁶⁰⁹.

C'est pour cette raison que le thème du droit pénal recouvre une importance capitale par rapport à la raison juridique islamique, aujourd'hui en mal d'existence. Majoritairement retiré des registres législatifs modernes, le droit pénal islamique constitue un pilier des discours plaidant pour la réislamisation du droit ou plutôt pour son activation et son application effective. Le vecteur d'argumentation cherchant à prouver la supériorité de ce droit face à un droit occidental inefficace et dépourvu d'assise morale démontre un point important. En effet, il ne s'agirait pas vraiment de prouver la supériorité de ce droit dans l'absolu mais le but visé serait de démontrer sa supériorité face un droit avec qui il est

⁶⁰⁶ Mohamed Ali Taskhiri, *Nadhra fi nidham al-3oukubat al-islamiya*, op.cit., p. 75.

⁶⁰⁷ « La vérité émane de votre Seigneur. Que celui qui le veut croie donc et que celui qui le veut soit incrédule ». *Coran*, Sourate 18 : 29, op.cit., p. 385.

⁶⁰⁸ « La définition de l'apostasie : renoncer à la religion musulmane après l'avoir rejoint. L'apostasie ne peut survenir que de la part d'un musulman ». Abdelkadir 'uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami (la législation pénale islamique)-T1*, Beyrouth, Dar al-kitab al-arabi, p. 661.

⁶⁰⁹ Cité par Yadh Ben Achour, *La deuxième Fatiha*, op.cit., p. 172.

contraint de cohabiter ou et qui le réduit même des fois au rang de simple tradition. Ainsi, l'application de ce droit pénal comme il est présenté par les puristes serait le meilleur moyen pour exclure toute interférence avec un droit considéré comme étranger. Ce droit ayant pour fonction de cloisonner la société, de la rendre intrinsèquement dépendante du pouvoir comme garant des affaires de la vie et de la foi et de créer des structures imbriquées pour contrôler l'individu et œuvrer à ce qu'il intériorise le système de pensée et d'action inhérent à la bonne marche du système, devient un moyen nécessaire tant pour se préserver contre tous types de polysystémie mais aussi pour chasser toute concurrence de ce qu'il considère comme étant son champ de validité juridique.

Quoi qu'il en soit, l'existence d'une politique criminelle islamique dont les contours sont déterminés par une définition spécifique de la notion de violence légitime ainsi que par une vision totalisante et interconnectée des buts du système de justice pénale, des institutions juridiques et sociales, a permis l'émergence d'un système de sanctions exceptionnel.

PARAGRAPHE 2 : La classification des peines en droit musulman

De la conception générale du système de justice pénale islamique, découle une conception spéciale des peines basée sur des considérations strictement religieuses. Ainsi, même si on évolue dans le cadre d'une discipline qui se reconnaît comme étant juridique, c'est toujours vers la réalisation d'un ordre religieux supérieur qu'œuvrent toutes les structures établies par la raison juridique islamique. Elles ne sont en effet que des voies menant vers une finalité ultime et n'ont d'importance que dans la mesure où elles continuent à servir cette cause.

En tout état de cause, les peines islamiques peuvent être distinguées selon le critère de malléabilité. Ainsi, les peines de *Hudud* (littéralement les limites), ne peuvent faire l'objet d'aucun type d'interprétation et sont soumises à un système d'application stricte (A). Pour le reste des peines qui sortent du cadre des *hudud*, la possibilité existe de les revoir selon certaines conditions et elles peuvent même être soumise à la discrétion du juge (B). La distinction est donc révélatrice d'une hiérarchie des peines prétextée par la gravité des crimes commis et qu'il convient d'analyser.

A. Les peines des *Hudud*

Par le *hadd*, on vise la limite posée par le texte coranique à certaines actions. Il est dit dans le texte que « telles sont les lois (*hudud*) de Dieu ; ne les transgressez pas. Ceux qui transgressent les lois de Dieu sont injustes »⁶¹⁰. Ces peines sont donc de droit divin, au sens de leur origine textuelle, mais sont aussi le droit du divin au sens que la rétribution se fait pour le compte de Dieu. Aussi considère-t-on que ces peines ont été conçues de la sorte et ont acquis ce statut supérieur puisqu'elles ont été posées pour préserver un intérêt supérieur, celui de la religion et du groupe.

Il convient à cet effet de passer en revue les crimes punis par les *hudud* et les sanctions qui leur sont réservées (1). Par ailleurs, considérant la sévérité avérée de ces peines, un système de preuve stricte a été mis en place et est considéré comme une juste balance, nous nous pencherons sur cette question pour en établir la véracité (2).

1. Les crimes punis par les *hudud* et leurs sanctions

On peut rapporter les crimes punis par les *hudud* au nombre de sept. Ils se résument à l'adultère, la diffamation, le vol, la consommation d'alcool, l'apostasie, le brigandage et la rébellion dont les sanctions ne peuvent être modifiées ou annulées.

Ces sanctions ont pour but ultime de préserver le juste ordre instauré de la corruption et de réaliser l'intérêt général du groupe et des institutions importantes. Selon *Abdelkadir 'uda*, les peines des *hudud* se caractérisent par trois spécificités. D'abord, elles ont été mises en place afin de punir le commettant du crime et de s'en servir comme exemple. Ainsi, « il n'y a pas lieu de prendre en considération la personne du criminel en appliquant la sanction »⁶¹¹. Puis, ces peines sont à sens unique et ne peuvent être modifiées en baisse ou en hausse. Elles ne sont, par ailleurs, aucunement interchangeables avec d'autres options punitives. Enfin, ces peines ont été imposées dans un but de prévention et sont sensées réprimer les intentions du passage à l'acte criminel par le biais de l'intimidation⁶¹². Cette rationalité du *hadd* rappelle la conception selon laquelle « le *hadd* est une peine déterminée et préfixée par le législateur pour un fait donnée, de sorte que le pouvoir discrétionnaire du juge est paralysé »⁶¹³. Dès lors, les peines concernant les crimes précités demeurent intangibles et

⁶¹⁰ *Coran*, Sourate 2 :229, *op.cit.*, p. 47.

⁶¹¹ Abdelkadir 'uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T1*, *op.cit.*, p. 635.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Najib Hosni, « Le droit pénal islamique », *Revue internationale de droit pénal*, 3ème et 4ème trimestres, 56ème année, 1985, p. 405.

insoumis à tout autre facteur que la volonté législatrice. De ce fait, ils représentent à la fois un cheval de Troie qui risque d'ébranler les bases de la raison juridique mais aussi un moyen de sa pérennité. En effet, ces peines considérées comme des piliers peuvent devenir obsolètes par rapport à l'évolution sociétale et constituer des foyers d'instabilité mais il ne faut pas oublier que leur application permet un contrôle étendu de cette évolution et donne aux institutions juridiques des formes et un capital de valeurs éthiques qu'il est difficile de dépasser. D'ailleurs, il suffit de revenir aux crimes précités pour se rendre compte que ce sont les ordres structurels de la politique, de la famille et de la société qui sont concernés. Les peines des hudud peuvent être distingués en deux catégories, celles qui constituent les châtiments corporels et la peine de mort.

a. Le champ d'application des châtiments corporels

Les crimes punis par les châtiments corporels sont la fornication, la diffamation, le vol et la consommation d'alcool.

Pour commencer, l'adultère qui fait l'objet d'une interdiction explicite⁶¹⁴, vise à la fois le crime de fornication et l'acte adultérin au sens propre. Cependant, il existe une distinction au niveau de la peine réservée aux deux variantes. Ainsi, la sanction de la fornication serait la flagellation et l'exil, alors que le sort des adultérins serait scellé par la lapidation.

Concernant la peine de la flagellation, il est préconisé de faire subir cent coups de fouet aux fornicateurs selon le texte qui dispose « frappez la débauchée et le débauché de cent coups de fouet chacun. N'usez d'aucune indulgence envers eux afin de respecter la religion de Dieu ; - si vous croyez en Dieu et au jour dernier- un groupe de croyants sera témoin de leur châtiment »⁶¹⁵. 'Uda explique que la justification de la peine de la flagellation vient établir une balance avec la gravité du crime commis. Ainsi, aux antipodes du plaisir ressenti par la fornication, se trouve la douleur infligée par les cent coups de fouet⁶¹⁶. Il va plus loin dans son exposé des bienfaits de cette sanction en expliquant que la simple prison n'est pas à même de freiner le criminel puisque le sentiment de plaisir n'a pas été refoulé et visé directement par la sanction. Ainsi, le combat du crime se fait à l'échelle de l'esprit et des sens mais aussi par le biais de la répulsion et de l'intimidation⁶¹⁷. Cette peine doit être combinée avec l'exil du

⁶¹⁴ « Evitez la fornication ; c'est une abomination ! Quel détestable chemin ! ». Coran, Sourate 17 :32, *op.cit.*, p. 369.

⁶¹⁵ Coran, Sourate 24 :2, *op.cit.*, p. 458.

⁶¹⁶ Abdelkadir 'uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T1*, *op.cit.*, p. 636.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 239.

criminel. Pour autant, il y a débat sur une telle sanction. Alors que les imams *Chafi'i* et *Ahmad* pensent que les deux peines sont essentielles pour la sanction de ce crime, d'autres comme *Malik* considèrent que cette combinaison est seulement applicable au fornicateur mâle alors que l'imam *Assadiq* considère que le but de l'exil pourrait être servi par l'emprisonnement⁶¹⁸. Cet exil a l'air de d'avoir un but curatif des effets du crime commis. Il est dit qu'il sert à la rédemption du criminel et sa protection contre les désirs de vengeance.

Toujours dans la continuité des crimes contre l'institution de la famille et contre le concept d'honneur en général, figure l'offense de la diffamation que le texte utilise au sens strict de fausse accusation d'acte adultérin ou de fornication. Ainsi, on peut y lire « frappez de quatre-vingts coups de fouet ceux qui accusent les femmes honnêtes sans pouvoir désigner quatre témoins ; et n'acceptez plus jamais leur témoignage : voilà ceux qui sont pervers »⁶¹⁹. Selon cette disposition, on peut comprendre que le mal causé par la calomnie serait équivalent au mal causé par la fornication. Ceci explique le parallélisme de la peine de flagellation, alors que l'irrecevabilité du témoignage serait une peine complémentaire. Bien évidemment, la calomnie n'est pas punie si elle s'avère basée sur des faits réels. Dans son traité de droit pénal islamique, *'Uda* utilise le concept de diffamation au sens large et le fait sortir du cadre strictement limité des accusations contre l'honneur pour étendre la peine à tout acte de fausse accusation, et ce quel que soit le domaine. Par ailleurs, il dresse même discours sur l'intérêt psychologique de la sanction. Ainsi, puisque la personne qui passe à l'acte de diffamation entend infliger un mal à autrui, il serait admis de lui infliger le même mal tant physiquement (la flagellation) que psychologiquement (l'humiliation sociale que d'être labellisé comme un falsificateur de faits).

Cette rationalité pénale se dégage aussi quand on considère la question du vol dont la sanction est clairement établie par le texte coranique qui dispose à ce sujet « tranchez les mains du voleur et de la voleuse : ce sera une rétribution pour ce qu'ils ont commis et un châtiment de Dieu. - Dieu est puissant et juste - »⁶²⁰. Cette sanction semble être dans la continuité d'une conception de la peine basée sur la restauration de la justice au sens littéral. Ainsi, comme on ôterait à l'adultérin et au fornicateur le plaisir qu'il a pu ressentir par l'infliction de la douleur et de la souffrance, on ampute la main, ou encore la jambe en cas de récidive, qui a pu ôter la propriété de quelqu'un. L'exception à cette pratique serait que le

⁶¹⁸ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The penal law of islam, op.cit.*, p. 59.

⁶¹⁹ *Coran*, Sourate 24: 4, *op.cit.*, p. 458.

⁶²⁰ *Ibid.*, Sourate 5 : 38, *op.cit.*, p. 144.

système social et économique ne puisse pas apporter aux individus assez de garanties pour prévenir le crime. Ainsi, on ne pourrait appliquer le *hadd* si le système a failli à ses obligations à l'égard de l'individu incriminé⁶²¹. Or, il reste très difficile d'évaluer le degré à partir duquel une société a atteint ce niveau de complétude pour commencer à appliquer le *hadd* à l'encontre de ceux qui commettent l'acte du vol. De ce fait, cette exception est sujette à des considérations subjectives, et ce à plusieurs égards. 'Uda insiste sur l'aspect psychologique de ces peines et considère qu'elles sont un effet d'éducation et de correction. Il a raison sur le fait que ces peines ont un grand impact psychologique, mais certainement pas celui de l'éducation. L'effet de la peine est essentiellement intimidant et basé sur l'établissement d'un sentiment de peur. La peur, c'est clairement aussi l'une des bases de toute rationalité pénale qu'elle soit moderne ou archaïque, puisqu'on s'abstient souvent de peur de la punition. Mais dans ce cas, l'effet est beaucoup plus exagéré puisque la punition touche à l'intégrité physique même de la personne en cause.

Concernant la consommation d'alcool, on peut constater que seule son interdiction figure dans le texte⁶²² alors que la sanction provient de la sunna. Décrite par le prophète comme étant « la mère de tous les vices »⁶²³, la peine administrée dans ce cadre reste sujette à débat. Ainsi, *Chafi'i* rapporte que la sanction pour la consommation d'alcool est de quarante coups de fouet puisqu'on ne rapporte pas que le prophète en ait administré plus que ce nombre. Pourtant, un passage a été opéré au double de ce nombre et qui a été expliqué par l'incapacité à contenir cette pratique⁶²⁴ et le consensus s'est arrêté à dire que la sanction d'un tel délit est de quatre-vingt coups de fouet puisque l'alcool mène à l'intoxication et que l'intoxication mène à la diffamation dont la sanction est ainsi déterminée⁶²⁵. L'extension établie une analogie entre les deux offenses ce qui semble aller contre la nature du *hadd* pourtant soumis à un stricte régime de sanction. Cela prouve que, malgré les qualifications religieuses, du moment qu'un système est investi par la fonction juridique, il devient concerné

⁶²¹ « To sum up , one may safely conclude that the cutting off of a hand in punishment for theft is applicable only within the context of an already existing, fully functioning social security scheme, and in no other circumstances ». Muhammad Asad, *The message of the Qur'an-T1*, Dar Al Andalus , Londres, Brill, 1980, p. 199.

⁶²² « Ils t'interrogent au sujet du vin et du jeu de hasard ; dis : - ils comportent tous deux, pour les hommes, un grand péché et un avantage, mais le péché qui s'y trouve est plus grand que leur utilité- ». *Coran*, Sourate 2:219, *op.cit.*, p. 44. Mais aussi, « Ô vous qui croyez ! Le vin, le jeu de hasard, les pierres dressées et les flèches divinatoires sont une abomination et une œuvre du Démon. Evitez-les... -Peut-être serez-vous heureux- ». *Coran*, Sourate 5 : 90, *op.cit.*, p. 156.

⁶²³ Etim E. Okon, « Hudud punishments in islamic criminal law », *European Scientific Journal*, Vol. 10, N. 14, 2014, p. 232.

⁶²⁴ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The penal law of islam*, *op.cit.*, p. 118.

⁶²⁵ Abdelkadir 'uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T1*, *op.cit.*, p. 649.

par des notions d'intérêt et d'évolution afin de réaliser la tâche de contrôle social. Même s'il y a là une confusion sur la nature du diseur du droit, qui sert évidemment aux personnes qui assurent effectivement cette fonction, on peut dire que le concept de raison juridique répond au mêmes standards, humains et intéressés, et ce indépendamment des caractéristiques, divins et supérieurs, qu'il s'accorde. L'élargissement du champ investi par les peines des *hudud* ainsi que les analogies opérées pour durcir les sanctions de certains actes prouvent que le système est capable de se rendre beaucoup plus hermétique et rigide afin de se protéger et ce en rendant des concepts rigides beaucoup plus élastiques et ouverts à l'interprétation. Ce paradoxe est beaucoup plus apparent quand il s'agit des crimes punis par la peine de mort.

b. Le champ d'application de la peine de mort

Les crimes soumis à la peine de mort sont l'adultère au sens propre, l'apostasie, le brigandage et la rébellion. Il est évident que la sévérité de la sanction s'accorde avec la gravité de ces actes qui touchent au triptyque sacré : l'ordre religieux, l'ordre social et l'ordre politique.

Ainsi, le châtiment des *zani* mariés c'est à dire les adultérins serait la lapidation à mort. Ce châtiment semble s'expliquer par la gravité du crime qui remet en cause l'institution du mariage. Pour autant, le concept de lapidation n'a jamais été relevé par le texte que cela soit par une métaphore ou par une utilisation explicite. C'est pour cela que la secte des *Khawirej* ne reconnaît pas la peine de lapidation et applique le châtiment des cent coups préconisé indépendamment du statut matrimonial. Pour le reste, les quatre chefs de fil des grandes écoles juridiques sunnites, *Abu Hanifa*, *Chafi'i*, *Malik* et *Ahmad* reconnaissent tous la lapidation comme le châtiment réservé aux adultérins sur la base de la pratique du prophète⁶²⁶ qui a perduré longtemps après l'imposition de la peine de flagellation. Pour eux, le texte coranique n'a donc pas abrogé la pratique de la lapidation qui continue d'être la sanction religieuse, juridique et légitime pour tout acte qui relève de ce sujet⁶²⁷. 'Uda rapporte l'avis du prophète à ce sujet et qui constitue selon lui un précédent dans la matière. Ce dernier considère que « le sang d'une personne musulmane n'est licite que suite à trois dépassements : l'apostasie après l'islam, l'adultère après le mariage et le meurtre d'un homme qui lui-même n'a pas tué »⁶²⁸. L'auteur, encore une fois, tente d'expliquer la légitimité d'imposer une peine aussi sévère en arguant qu'une mort sans douleur et sans souffrance n'a

⁶²⁶ Abdelkadir 'uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T1*, op.cit., p. 62.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 641.

rien d'une sanction. Pour lui, elle serait même la sanction la plus absurde⁶²⁹. Ainsi, le propre même de la sanction serait d'infliger au criminel une douleur qui équivaut à la gravité de son crime et au statut de l'institution qu'il dénigre par son fait. Cette douleur est, certes, de l'ordre de la restauration mais elle est aussi absolue. « La cruauté de la punition terrestre s'inscrit en déduction de la peine future : la promesse du pardon s'y dessine »⁶³⁰

Cette logique vaut pour le crime d'apostasie qui, du fait du développement de la pensée politique, juridique et théologique, a acquis le statut d'un concept clé et fondateur de la foi et de la soumission tant à la loi qu'au système politique qui l'applique. Ce concept a été tiré de la notion de *riddah* dont l'utilisation est redondante dans le texte et qui, à plusieurs reprises, est utilisé pour signifier la renonciation à la religion⁶³¹.

A la lecture du texte, nous observons que nous avons affaire à un crime d'ordre purement religieux puisqu'aucune sanction infligée par les humains n'est prévue. Ainsi, on peut lire dans la sourate des Abeilles que « Celui qui renie Dieu après avoir cru, - non pas celui qui subit une contrainte et dont le cœur reste paisible dans la foi- celui qui, délibérément, ouvre son cœur à l'incrédulité : la colère de Dieu est sur lui et un terrible châtiment l'atteindra [...] Voilà ceux auxquels Dieu a scellé le cœur, l'ouïe et la vue. Voilà ceux qui sont insouciants ; ils perdront tout, indubitablement, dans la vie future »⁶³². La sanction prévue par le texte n'est donc nullement d'ordre judiciaire, elle est exclusivement d'ordre religieux et eschatologique. C'est sur la base de la sunna du prophète, deuxième source du droit musulman, que l'on a établi l'obligation d'imposer la peine capitale à l'apostat. On rapporte que le prophète ait décrété : « celui qui change de religion, tuez-le ! »⁶³³. Cette disposition est claire est sans équivoque, l'apostat est puni par la mise à mort.

Les juristes sunnites distinguent deux catégories d'actes qui relèvent de l'abjuration de la foi : l'apostasie collective et l'apostasie individuelle. Le professeur Ben Achour relève que « par la force des choses, les légistes de l'islam sunnite se sont vus obligés d'établir une

⁶²⁹ Abdelkadir 'Uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-TI*, op.cit., p. 641.

⁶³⁰ Michel Foucault, *Surveiller et punir*, op.cit., p. 57.

⁶³¹ « Ceux qui, parmi vous, s'écartent de leur religion et qui meurent incrédules : voilà ceux dont les actions seront vaines en ce monde et dans la vie future ; voilà ceux qui seront les hôtes du feu ; ils y demeureront immortels ». *Coran*, Sourate 2 : 217, op.cit., p. 44. « Ô vous qui croyez ! Quiconque d'entre vous rejette sa religion... Dieu fera bientôt venir des hommes ; il les aimera, et eux aussi l'aimeront. Ils seront humbles à l'égard des croyants ; fiers à l'égard des incrédules ». *Coran*, Sourate 5 : 54, op.cit., p. 149. « Ceux qui sont revenus sur leurs pas après que la direction s'est clairement manifestée à eux ont été abusés par le Démon qui leur adonné quelque répit ». *Coran*, Sourate 47 : 25, op.cit., p. 677.

⁶³² *Ibid.*, Sourate 16 : 106-108-109, pp. 361, 362.

⁶³³ Abdelkadir 'Uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-TI*, op.cit., p. 661.

distinction entre la voie guerrière et la voie policière ou judiciaire en vue de réprimer l'apostasie. L'apostasie collective constitue l'une des figures de la guerre civile. Or le processus utilisable pour y mettre fin ne peut être que celui du combat guerrier, assimilable à la croisade interne. [...] Dans le cas où l'apostasie est le fait d'une ou de plusieurs personnes identifiables, le processus policier ou judiciaire pénal reprend ses droits »⁶³⁴.

La référence en matière de sanction à l'encontre de l'apostasie collective est les guerres de *riddah* menées par le calife Abu Bakr contre un nombre de tribus arabes qui avaient cessé de payer le montant de *zakat* (un impôt d'ordre religieux) rejetant ainsi l'un des piliers de la religion. En définitive, ce qui a été qualifié comme étant une apostasie collective répondait plutôt aux critères d'une rébellion ou d'une sécession. On rapporte que trois choix ont été offerts par le calife aux nouveaux ennemis. Ces choix qui se résument à la conversion, le paiement de la *jizya* (impôt imposé aux gens du livre) ou la guerre sont révélateur du fait qu'on n'a plus affaire à des ennemis musulmans. C'est ainsi que la dénomination de guerre d'apostasie a été posée *a posteriori* puisqu'il est très difficile d'imaginer que le discours d'apostasie collective ait été développé en cette période⁶³⁵. Le concept s'est ensuite développé pour entériner cette pratique. Ainsi, *Chafi'i* affirmait que l'apostasie collective devait être combattue par la voie guerrière et que les apostats pouvaient être assimilés, à plusieurs égards, aux mécréants ce qui les différencierait d'une autre catégorie, celle des rebelles musulmans (*bughat*)⁶³⁶. Dès lors, il apparaît que les frontières qui séparent toutes ces catégories restent très fines et sont sujettes aux appréciations et aux interprétations, ce qui va complètement à l'encontre du concept même des *hudud*. D'ailleurs, *Ahmad Atif Ahmad* souligne le fait que les guerres menées par le calife Abu Bakr auraient très bien pu devenir le cas paradigmatique concernant la réaction contre les *bughat*, mais les juristes sunnites ont fini par s'accorder que les *khawarij* (les sécessionnistes) sont l'exemple type dans ce cas⁶³⁷. Ainsi, la qualification juridique d'apostasie collective dépend énormément du contexte politique et des intérêts du pouvoir en place. L'apostasie s'inscrit donc parmi les crimes contre lesquels ils faut aller en guerre, tout comme le brigandage (*hiraba*) et la rébellion (*bagha'*) que nous présenterons plus tard.

⁶³⁴ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., p. 170.

⁶³⁵ Ahmad Atif Ahmad, *Islam, modernity, violence and everyday life*, New York, Palgrave Macmillan, 2009, p. 151.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 152.

⁶³⁷ *Ibid.*

Concernant l'apostasie individuelle, l'absence de critères généraux a mené à la même situation où les juristes tentent de déterminer un cadre juridique qui puisse faciliter la qualification d'un acte et la détermination de sa sanction. Ainsi, le fait que la peine de mort puisse être appliquée aux femmes fait débat. Certains théologiens-légistes comme *Abu Hanifa* considèrent que la peine de mort est seulement applicable aux hommes alors que la peine réservée aux femmes est l'emprisonnement jusqu'à le repentir ou la mort. Ce faisant, ils se basent sur le fait que le prophète ait interdit de tuer la femme infidèle en arguant que si l'infidélité originelle ne causait pas la mort, il serait de même pour l'infidélité *a posteriori* qu'est l'apostasie⁶³⁸. Aussi y'a-t-il de grands débats sur les modalités de l'option du repentir présentée à l'apostat, sa durée, sa forme et le type d'apostat auquel elle s'applique. C'est cette dernière catégorie qu'ils semblent intéresser d'observer puisqu'elle a constitué un sujet important de débats théoriques et qu'elle démontre la plasticité d'un concept pourtant supposé rigide et intangible.

Par ces catégories, *Ahmed Atif Ahmed* considère que les juristes musulmans sunnites ont déterminé un spectre de déviations par rapport aux normes islamiques qui couvre tout un champ d'action visant à rejeter la foi et précise qu'ils ont failli à développer une définition claire de l'apostasie de façon à limiter la flexibilité du concept et à restreindre son application⁶³⁹. Ainsi, le concept de *zindiq* (hérétique) constitue une variable très importante de l'apostasie et a des implications légales puisque le *zindiq* n'a par exemple pas droit à l'option du repentir selon certaines écoles et est directement mis à mort⁶⁴⁰. En effet, le concept d'hérésie a toujours été considéré en rapport avec l'apostasie sans pour autant être assimilé à elle. Ainsi, *Malik* considère que le *zindiq* est un individu qui passe d'un état d'infidélité à un autre, alors que *Ahmad Ibn Hanbal* considérerait que c'est quelqu'un qui se déclarait musulman tout en professant une autre religion⁶⁴¹ ce qui explique le passage direct à la sanction capitale. Le qualificatif de *zanadaqa* (pluriel d'hérétique) a été par exemple réservé aux Mu'tazilites par le juriste *Al Ghazali* qui considérerait leurs positions sur la possibilité d'atteindre la vérité avec le seul intellect comme une abjuration de la foi. Ce dernier a d'ailleurs considéré que tout philosophe devait être considéré comme infidèle s'il défendait l'une de ces trois vérités :

⁶³⁸ Abdelkadir 'Uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T2*, op.cit., p. 721.

⁶³⁹ Ahmad Atif Ahmad, *Islam, modernity, violence and everyday life*, op.cit., p. 154.

⁶⁴⁰ Selon le rite Hanbalite, l'hérétique est privé de l'option du repentir puisqu'il n'a jamais été musulman. Or, cette option cherche à restaurer l'état d'islamité originelle qui est là absent. Abdelkadir 'Uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T2*, op.cit., p. 725.

⁶⁴¹ Ahmad Atif Ahmad, *Islam, modernity, violence and everyday life*, op.cit., p.155.

L'éternité du monde, l'ignorance divine des particularités du monde, l'impossibilité de la résurrection⁶⁴².

La question de l'apostasie paraît donc très complexe. Elle a, à la fois, des implications au niveau du droit privé que strictement politique. En effet, à cause de l'interpénétration des champs juridique et religieux, la décision d'un individu menant à abandonner sa religion aura des effets sur toutes les décisions ayant précédé ce choix. Il devra ainsi y avoir une révision de son identité mais aussi de ses actions (mariage, héritage, contrats, etc.). Par ailleurs, il s'agit de la violation d'un pacte politique « constitutif de la communauté, qu'aucun membre ne peut rompre et dont la remise en cause doit être punie par la peine plus sévère, pour éviter la contamination du corps tout entier et pour que l'engagement dans l'islam ne soit pas une fantaisie, soumise à l'aléa des passions et des intérêts. La rupture du pacte constitue une trahison »⁶⁴³.

Ces mêmes considérations valent pour les crimes de brigandage (*hiraba*) et de rébellion (*baghy*) qui semblent eux-mêmes avoir acquis leurs sens au fur et à mesure des développements de la pensée juridique et politique. Même s'il s'agit de deux crimes couvrant des champs différents, ils sont en effet liés par le texte qui ne distingue pas les deux crimes d'une façon explicite. En effet, la différenciation ne s'est opérée que par l'interprétation des juristes qui a été à la fois créative mais aussi sélective.

D'abord, le verset du *baghy* dispose que « si deux groupes de croyants se combattent, rétablissez la paix entre eux. Si l'un des deux se rebelle encore contre l'autre, lutez contre celui qui se rebelle, jusqu'à ce qu'il s'incline devant l'ordre de Dieu »⁶⁴⁴. Comme le souligne *Abou El Fadhl*, un lien historique mais pas nécessairement légal a été établi entre le *baghy* et la rébellion suite à la crise politique de la *fitna* (discorde) qui a eu lieu après l'assassinat du troisième calife Othman. Cette discorde a poussé les juristes à mettre en exergue l'impératif de s'abstenir des attitudes sécessionnistes mais explique aussi les différentes définitions données au concept de rébellion par les différentes écoles et qui varient selon leur positionnement politique⁶⁴⁵. Ceci étant, certains critères font l'unanimité à ce sujet et fondent ce crime sur un acte de rébellion contre l'*imam* (le chef) qui est à la fois armé et a pour

⁶⁴² Ahmad Atif Ahmad, *Islam, modernity, violence and everyday life*, op.cit., p. 160.

⁶⁴³ Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, op.cit., p. 170.

⁶⁴⁴ *Coran*, Sourate 49 : 9-10, op.cit., p. 687.

⁶⁴⁵ Khaled Abou El Fadhl, *Rebellion and violence in islamic law*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 40.

intention de le destituer⁶⁴⁶. Cette définition se base sur la doctrine répandue selon laquelle l'obéissance au chef serait une obligation religieuse et juridique. Cependant, cette obéissance est due dans les limites de la justice. Là encore, les juristes musulmans se sont engagés dans des débats sur le sens de la justice qui est soit l'action juste du gouvernant ; auquel cas la rébellion serait un acte légal mais soumis à des appréciations tout à fait subjectives de la justice, ou alors son accession juste au pouvoir ce qui rendrait illégal tout acte de rébellion contre un gouvernant légitime mais injuste. La tendance traditionnelle s'est fixée sur cette dernière interprétation menant à considérer que, juridiquement, le gouvernant est toujours dans son droit, alors que le rebelle est toujours dans l'illégalité⁶⁴⁷.

Cela n'est pas sans rappeler les paroles d'un certain William Paley qui considérait que « tant que l'intérêt de toute la société l'exige, c'est-à-dire qu'on ne peut opposer une résistance au gouvernement établi et le changer sans nuire à l'ordre public, c'est la volonté de Dieu [...] que l'on obéisse au gouvernement établie,- sans plus ». La réponse de Henry D. Thoreau à cette déclaration, centrée elle aussi sur une conception de la justice, démontre que ce qui est universel n'est pas tant les réponses qu'on peut donner aux questionnements soulevés par la raison mais ce sont les questionnements eux-mêmes. Tout le reste, n'est que circonstance. Thoreau disait ainsi que « si l'injustice est inhérente à la friction nécessaire au bon fonctionnement de la machine gouvernementale, il n'y a qu'à la laisser faire. Peut-être qu'à l'usage, elle va s'adoucir ; la machine quant à elle va s'user. Si l'injustice a un ressort, une poulie, une corde ou une manivelle pour son usage exclusif, peut-être qu'alors il faudra vous demander si le remède n'est pas pire que le mal ; mais s'il est dans sa nature d'exiger de vous que vous soyez l'instrument de l'injustice, je dis alors : enfreignez la loi. Que votre vie agisse comme une contre-friction pour arrêter la machine »⁶⁴⁸.

Pour revenir au contexte islamique, *Abou El Fadhl* souligne que les interprétations ont emprunté cette voie puisque la fonction du droit et le rôle des juristes est d'établir l'ordre et la stabilité, tant sociale que politique⁶⁴⁹. Justement, le fait que certaines personnalités politiques islamiques ont accédé au pouvoir par le biais de la rébellion a déterminé la création d'un double discours juridique visant à distinguer le rebelle, dont la punition reste largement

⁶⁴⁶ Abdelkadir 'Uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T2*, op.cit., p. 674.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 240.

⁶⁴⁸ Henry D. Thoreau, *Résistance au gouvernement civil et autres textes*, Marseille, Le mot et le reste, 2011, pp. 25-26-31.

⁶⁴⁹ Khaled Abou El Fadhl, *Rebellion and violence in Islamic law*, op.cit., p. 61.

politique et ne devient effective qu'après maintes tentatives de réconciliation, du brigand dont la sanction est marquée par une grande cruauté⁶⁵⁰.

En effet, on se rend compte à la lecture du verset de la *hiraba* que ce dernier aurait très bien pu couvrir le champ de la rébellion puisqu'il dispose « telle sera la rétribution de ceux qui font la guerre contre Dieu et contre son Prophète, et de ceux qui exercent la violence sur la terre : Ils seront tués ou crucifiés, ou bien leur main droite et leur pied gauche seront coupés, ou bien ils seront expulsés du pays. Tel sera leur sort : la honte en ce monde et le terrible châtement dans la vie future ; -sauf pour ceux qui se sont repentis avant d'être tombés sous votre domination- »⁶⁵¹. Dès lors, on peut considérer que le sens de l'expression « exercer la violence sur terre » aurait pu être interprété comme désignant l'acte de rébellion ou de sédition mais a fini par s'identifier au brigandage. Pour ce faire, les juristes ont dû baser l'autorité de leurs discours sur des hadiths et des faits historiques rapportés des califes tel que *Omar* et *Ali* qui avaient distingué le brigandage comme une catégorie juridique à part⁶⁵².

Nous choisissons de ne pas rentrer dans les détails servant à déterminer l'exécution de la peine ou les différents cas d'espèces et exemples auxquels elle s'applique. Il semble plus intéressant de montrer le processus créatif et sélectif qui s'est à la fois accommodé de la rationalité pénale mais a aussi servi à la faire évoluer dans une perspective beaucoup plus politique que théologique. Ce n'est qu'avec l'accumulation des précédents et avec la mise en place d'un système juridique dogmatique qu'il devient difficile d'opérer ce genre de distinctions et d'évolutions substantielles. A partir de ce moment, quand la loi ne sert plus qu'à assurer sa propre survivance, elle prend une posture de défense et de préservation. Sa rationalité se durcit et se rétracte sur elle même, nous aurions la possibilité de revenir sur cette hypothèse plus tard.

2. Les moyens de preuve

Concernant l'ensemble des preuves admises pour les *hudud*, il est considéré que la sévérité des sanctions mises en place a participé à la détermination d'un système de preuves marqué par un formalisme stricte. Il est donc normal que ces dernières, tout comme les sanctions des *hudud*, ne soient pas laissées à l'appréciation humaines. Ce parallélisme des sources et du formalisme découlerait de l'idée selon laquelle il est préférable de permettre à

⁶⁵⁰ Khaled Abou El Fadhl, *Rebellion and violence in islamic law*, op.cit., p. 61.

⁶⁵¹ *Coran*, Sourate 5 : 33-34, op.cit., p. 144.

⁶⁵² Khaled Abou El Fadhl, *Rebellion and violence in islamic law*, op.cit., p. 58.

plusieurs hors la loi de se soustraire à la justice et aux sanctions, plutôt que de juger un innocent par erreur et lui infliger les pires souffrances sans juste cause⁶⁵³.

De fait, la règle générale est que le plaignant doit prouver ses allégations par le biais de preuves, alors que le serment de celui qui nie la véracité des faits présentés contre lui peut avoir une force probante⁶⁵⁴. Par ailleurs, la connaissance propre du juge qui peut être déterminante pour les catégories de crimes couverts par les sanctions du talions et des *ta'azirat*, n'est pas recevable pour les crimes des *hudud* dont les preuves recevables sont strictement déterminées⁶⁵⁵.

Dès lors, *al-bayinah* (la preuve) est définie comme « toute indication matérielle ou logique de l'objet délictuel »⁶⁵⁶ et elle englobe tous les moyens de preuve admis par le droit islamique tel que le témoignage (*chahada*), l'aveu (*i'tiraf*), le serment (*yamin*) et les présomptions concluantes (*qarinah qati'ah*). Le régime applicable à ce système de preuves connaît une réglementation stricte dont le but s'oriente vers la protection des droits de l'accusé avant sa condamnation par un juge mais aussi vers la protection de l'ordre public en général.

Ceci s'applique au procédé du témoignage qui est défini comme étant « l'information donnée par un témoin concernant ce qu'il a vu ou aperçu afin d'établir ou prouver un certain droit ou certaines allégations ou faits à la faveur d'un autre »⁶⁵⁷ est une obligation non seulement légale mais aussi religieuse et qui ne peut être contestée⁶⁵⁸. Par ailleurs, le témoignage n'est recevable que d'une personne d'origine musulmane (en ce qui concerne les affaires entre musulmans), saine et d'âge légal. Un témoin de sexe male peut être remplacée par deux témoins de sexe féminin sauf pour les juristes de l'école chaféite qui considèrent que le témoignage des femmes est inadmissible en matière pénale à cause de « la faiblesse de leur entendement, leur besoin d'attention et leur incapacité de gouverner »⁶⁵⁹. Le témoin doit être

⁶⁵³ Matthew Lippman, « Islamic criminal law and procedure : religious fundamentalism v. modern law », *Boston College international and comparative law review*, Vol. 12, N. 1, 1989, p. 52.

⁶⁵⁴ Cette règle se base sur le hadith rapporté par *Ibn Abbas* « La preuve est à la charge du plaignant, alors que le serment incombe à celui qui nie ». Mohamed Ibn Ismail Al-Amir, *Soubol Assalam- T4 (Les voies de la paix)*, Beyrouth, Dar Ihya' Attourath Al-Arabi, 1960, p. 132.

⁶⁵⁵ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law : Theory and practice from the sixteenth to the twenty-first century*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 13.

⁶⁵⁶ Zubair Adul-Quadir, « The Process of islamic criminal justice », *Karwa law review*, Vol. 4, 1995, p. 37.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 38.

⁶⁵⁸ « Que les témoins ne se dérobent pas lorsqu'ils sont appelés à témoigner ». *Coran*, Sourate 2 :282, *op.cit.*, p.

⁶¹ « Ne refusez pas de témoigner. Celui qui refuse de témoigner pèche en son cœur - Dieu sait ce que vous faites ». *Ibid.*, Sourate 2 :283, p. 62.

⁶⁵⁹ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The penal law of islam*, *op.cit.*, p. 45.

un exemple de probité morale et ne doit pas faire l'objet de sanctions pénales l'empêchant de témoigner. Par ailleurs, il ne peut témoigner en faveur de ses ascendants et de ses descendants pour conflit d'intérêt⁶⁶⁰. Aussi, l'intervention du témoin n'est-elle recevable qu'avant la prescription du crime.

Concernant l'aveu, ce dernier ne concerne que la personne qui reconnaît les faits allégués elle et ne peut être étendu à aucune autre personne qui y est mentionnée. Il doit être au dessus de toutes les suspicions du juge qui peut reléguer l'aveu au rang d'une présomption concluante qui doit être renforcée par un autre moyen de preuve⁶⁶¹. Ces présomptions concluantes ne peuvent être évaluées que par un juge qualifié afin de s'assurer qu'une sanction n'est appliquée sans que la responsabilité ne soit certaine.

Ce système de preuves constitue donc une garantie concernant le caractère juste des peines appliquées. Il est par ailleurs l'un des axes utilisés dans la défense du système des peines islamiques des *hudud* puisqu'il permet aux juristes d'argumenter que le système de preuves est tellement strict qu'il est impossible de sanctionner quelqu'un si toutes les conditions ne sont pas réunies, et ce même si le juge est convaincu de sa responsabilité. Ceci étant, il faut rappeler que si un suspect échappe aux sanctions des *hudud* pour manque de preuves, cela n'empêche en rien le juge d'appliquer le système des *ta'azirat* et d'agir selon sa propre discrétion⁶⁶² pour le punir de peines inférieures.

La complexité du système de preuves apparaît parfaitement à l'observation du procédé réservé au crime du *zina*. En effet, le procédé initial pour prouver le *zina* est le témoignage qui se trouve être un procédé renforcé puisqu'on passe de l'obligation normale de fournir deux témoins à l'obligation d'en fournir quatre⁶⁶³. A défaut de fournir quatre témoins qui pourront appuyer d'une manière certaine et sans équivoque les propos du plaignant, il devient lui même sujet à la sanction de quatre-vingt coups de fouets, le *hadd* établi pour la calomnie et la diffamation⁶⁶⁴. Bien évidemment, les conditions requises pour les témoins sont restrictives et reposent sur les règles précises mentionnées ci-dessus. Simplement, il y a

⁶⁶⁰ *Ibid.*, pp. 46-47.

⁶⁶¹ Zubair Adul-Quadir, « The Process of islamic criminal justice », *op.cit.*, p. 39.

⁶⁶² Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, *op.cit.*, p. 16.

⁶⁶³ « Appelez quatre témoins que vous choisirez, contre celles de vos femmes qui ont commis une action infâme. S'ils témoignent : enfermez les coupables, jusqu'à leur mort, dans des maisons, à moins que Dieu leur offre un moyen de salut ». Coran, Sourate 4 : 15, *op.cit.*, p. 102. « Si seulement ils avaient appelé quatre témoins ! Ils n'ont pas appelé de témoins, parce que ce sont des menteurs devant Dieu ». *Ibid.*, Sourate 24 : 13, *op.cit.*, p. 459.

⁶⁶⁴ « Frappez de quatre-vingt coups de fouet ceux qui accusent les femmes honnêtes sans pouvoir désigner quatre témoins ». *Ibid.*, Sourate 24 : 4, *op.cit.*, p. 458.

consensus que le témoignage d'une femme n'est pas recevable en cas de *zina*, puisqu'il a été strictement indiqué qu'il faut fournir quatre témoins, sachant que le témoignage d'un homme vaut celui de deux femmes.

Par ailleurs, il y a consensus entre les juristes qu'un crime tel que l'apostasie ne peut être annoncé sans l'existence de preuves probantes et si une quelconque ambiguïté persiste à ce sujet⁶⁶⁵. De ce fait, les imams *Abu Hanifa* et *Ahmad Ibn Hanbal* insistent sur l'obligation de donner à tout individu suspecté d'apostasie l'opportunité de s'expliquer et de présenter son point de vue et son interprétation des faits. S'il dénie les charges présentées contre lui, toutes les charges seront annulées. Par contre, s'il persiste dans le refus de se repentir même après les efforts déployés pour l'en convaincre, la mise à mort par l'épée sera décidée. Cette mise à mort étant considérée comme une expiation du péché. Dès lors, la sanction pour l'apostasie ne peut avoir lieu que sur l'aveu clair et précis du suspect. Sans cette preuve unique, il ne peut y avoir de sentence concernant l'apostat. Ceci montre, l'extrême prudence, au moins textuelle, quant à l'application des peines des *hudud*. Pour le reste des peines des *hudud*, le système de preuves reste standard avec l'obligation de fournir deux témoins.

Quoi qu'il en soit, le cadre juridique du système des *hudud* ne montre aucune souplesse qu'il s'agit de la détermination ou de l'application des sanctions, ou que cela concerne la phase préliminaire qui consiste à distinguer les responsabilités selon un système de preuves, certes classiques, mais globale et à vocation limitatrice des dépassements juridictionnels. L'importance des crimes visés par des sanctions orientées par l'élimination de toute source de déviance montre l'étendu de l'aspect homogénéisant de la philosophie participant à l'établissement de la raison juridique islamique, et permettrait d'expliquer l'usage de cette organisation du système pénal pour protéger l'existence et l'essence même de la dite raison. Ceci paraît très plausible puisque, tout comme la notion même du droit, l'interconnexion entre les champs théologique, social, politique et juridique est tellement importante, qu'ils se renforcent l'un l'autre. La seule problématique posée avec un tel système, c'est que la chute de l'un de ses éléments causerait aussi la chute de toute la construction soutenue par la raison juridique et sa philosophie fondatrice.

Dès lors, il était d'une importance extrême de s'attarder sur le concept controversé des sanctions des *hudud*, tout comme l'est, d'ailleurs, l'investigation du champ auquel la rationalité pénale alloue plus de souplesse.

⁶⁶⁵ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The penal law of islam, op.cit.*, p. 110.

B. Les autres catégories de peines

Contrairement aux peines réservés pour les crimes des *hudud*, les autres catégories de peines déterminées par le droit islamique sont marquées par plus de flexibilité. S'agissant des modalités de leur application, de la marge d'intervention du juge pour la qualification du crime ou encore de la capacité de passer outre la sanction déterminée pour la substituer par une autre ou même l'annuler, le système juridique pénal semble être soumis à une rationalité différente du moment que l'on quitte le champ réservé au *hudud*.

Ainsi, les peines du *qissas* (talion) et le régime des *ta'azirat* présentent des caractéristiques différentes des *hudud* mais se distinguent aussi l'un de l'autre. Ils sont d'ailleurs étudiés comme étant des catégories indépendantes. Cependant, il est souvent avancé que ces deux systèmes de sanctions peuvent constituer une brèche par laquelle une évolution de la rationalité punitive et du système pénal islamique en général pourrait être introduite⁶⁶⁶. Par conséquent, il serait judicieux de présenter les caractéristiques de ces catégories de peines et de dresser les possibilités d'évolution qui peuvent résulter de ces spécificités structurelles du *qissas* (1) et des *ta'azirat* (2).

1. Le *qissas*

Tout comme le système des *hudud*, celui du *qissas* présente un régime spécifique basé sur une rationalité punitive spécifique. L'application de ce régime de sanctions se fait dans le cas de l'occurrence de crimes qu'on peut qualifier de seconde classe, par rapport à leur ordre d'importance après les crimes des *hudud*. Pour autant, la flexibilité qui marque le régime du *qissas*, ainsi que la philosophie qui motive ses procédures et son mode d'exécution a permis à certains de considérer qu'il représente une réelle opportunité pour introduire des facteurs d'évolution au système de justice pénale, qui soient tirés de ce même système et qui bénéficient donc d'une légitimité indiscutée.

a. Le champ juridique de l'application du *qissas*

Par *qissas*, on entend littéralement la notion d'égalité dont il est le synonyme. Ainsi, la logique première qui régit ce régime de sanctions est de faire en sorte que la peine infligée ait un impact égal et proportionnel à celui du crime.

⁶⁶⁶ Susan C. Hascall, « Restorative justice in islam : Should *qisas* be considered a form of restorative justice? », *Duquesne University School of Law Research Paper* (originellement publié au *Berkley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*), N. 11, 2012, p. 33. Et Topo Santoso, « Implementation of islamic criminal law in Indonesia: Ta'azir punishment as a solution », *IIUM Law Journal*, Vol. 19, N. 1, 2011, pp. 123-148.

Généralement, on considère que le régime du *qissas* s'applique à deux catégories distinctes d'actes frauduleux. Nommément, celle des crimes contre les personnes (homicide) et celle des actes d'agression physique (coups et blessures). Le critère de distinction est évidemment celui de l'impact qui se trouve « amoindri » dans la deuxième catégorie et qui impose donc une procédure de *qissas* différente.

Concernant l'homicide, il existe plusieurs théories eu égard des différentes formes qu'il peut emprunter, mais la plus commune est celle qui consiste à distinguer l'homicide volontaire qui s'accompagne absolument de l'intention préméditée du meurtre, l'homicide quasi-volontaire qui consiste en la mort suivant un acte d'agression intentionnée et l'homicide involontaire qui incorpore le critère accidentel de l'acte⁶⁶⁷. A la lecture du texte coranique, on comprend pourquoi cet acte est extrêmement réprouvé par la charia et comment il a fini par être classé parmi les plus grande offenses (*kabira*). En effet, l'interdiction est réitérée à maintes reprises dans le texte de façon à démontrer que c'est un acte qui a une portée non seulement juridique, mais aussi religieuse⁶⁶⁸. Une imbrication des statuts dont l'objet est toujours d'instaurer un régime d'illicéité renforcée pour un acte donné. Par ailleurs, les coups et les blessures, soumis également à la loi du talion en droit islamique, tirent eux leur caractère illicite du texte coranique qui a dressé une procédure de sanctions spécifique basée sur la logique de la proportionnalité des douleurs infligées.

Ainsi, la procédure à laquelle est soumis le régime du talion est explicitée par le texte qui dispose « vie pour vie, œil pour œil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent. Les blessures tombent sous la loi du talion ; mais celui qui abandonnera généreusement son droit obtiendra l'expiation de ses fautes. Les injustes sont ceux qui ne jugent pas les hommes d'après ce que Dieu a révélé »⁶⁶⁹. On peut aussi y lire que « la loi du talion est prescrite en cas de meurtre : l'homme pour l'homme libre ; l'esclave pour l'esclave ; la femme pour la femme. On doit user de procédés convenables envers celui qui auquel son frère a remis une partie de

⁶⁶⁷ Abdelqadir 'Uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T2*, op.cit., p. 7.

⁶⁶⁸ « Ne tuez pas l'homme que Dieu vous a interdit de tuer, sinon pour une juste raison. Lorsqu'un homme est tué injustement, nous donnons à son proche parent le pouvoir de le venger. -Que celui qui ne commette pas d'excès dans le meurtre- Oui, il sera secouru ». *Coran*, Sourate 17 :33, op.cit., p. 369. « Ceux qui n'invoquent pas une autre divinité avec Dieu ; ceux qui ne tuent pas quelqu'un que Dieu a interdit de tuer, sauf pour une juste raison, ceux qui ne se livrent pas à la débauche... celui qui agit autrement rencontre le péché ». *Ibid.*, Sourate 25 : 68, p. 479. « Celui qui a tué un homme qui lui-même n'a pas tué, ou qui n'a pas commis de violence sur la terre, est considéré comme s'il avait tué tous les hommes ; et celui qui sauve un seul homme est considéré comme s'il avait sauvé tous les hommes ». *Ibid.*, Sourate 5 :32, p. 143. « Ne tuez pas vos enfants par crainte de la pauvreté. Nous leur accorderons leur subsistance avec la vôtre. Leur meurtre serait une énorme faute ». *Coran*, Sourate 17 : 31, p. 369.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, Sourate 5 : 45, p. 146.

la dette, et lui-même dédommagera celui-ci de la meilleure façon. Cela constitue un allègement et une miséricorde accordés par votre Seigneur. Un châtiment douloureux est réservé à quiconque, après cela, aura transgressé la loi. Il y a pour vous, une vie dans le talion »⁶⁷⁰.

Quelques conclusions sur la nature du régime juridique du *qissas* se dégagent à la lecture de ces dispositions. On note que la procédure du talion est privée, dans le sens qu'elle dépend des volontés des individus qui disposent d'une marge de choix par rapport à la sanction appliquée. Dès lors, le sort de l'application de cette dernière repose sur l'intérêt de la victime et de ses représentants ou héritiers. Ceci va à l'encontre de la théorie des *hudud* qui s'inscrit plutôt dans une logique d'ordre public et dont la sanction est rigide et non négociable puisque le détenteur du droit à la rétribution n'est autre que Dieu puis la communauté. Ainsi, la victime ou ses représentants disposent du choix entre l'application stricte du talion où l'expression de l'œil pour œil n'est autre qu'une métaphore pour la proportionnalité des douleurs infligées⁶⁷¹, l'exigence du paiement de la *diya* (prix du sang) qui représente un dédommagement pour le tort causé⁶⁷² ou enfin le pardon qui est vivement encouragé comme le souligne le texte. Cette considération a pour effet le fait que la procédure de *qissas* ne peut être déclenchée qu'à la demande de la victime ou de ses représentants (*awliya' al-dam*). Dans l'absence de ces derniers, le gouvernant peut se substituer à eux et agir en tant que représentant de la victime. Il y a un grand débat doctrinal sur la qualité des personnes habilitées à agir au nom de la victime, mais on peut dire que ce sont les règles de l'héritage qui s'appliquent, sachant que les décisions des aînés évincent celles des plus jeunes concernant le pardon par exemple⁶⁷³. Par ailleurs, il est spécifié qu'il faut qu'il existe une équivalence entre la victime et l'auteur de l'agression afin que la procédure du talion puisse être appliquée. Dans ce cas, et dans l'impossibilité d'exiger le talion, c'est le paiement de la *diya* qui est dû. Pour sa part, la doctrine *chiite* permet l'application du talion dans ce cas, mais impose le paiement de la différence du prix du sang aux héritiers de l'agresseur ou de la victime qui a un statut plus élevé que la contre partie⁶⁷⁴. Aussi, existe-t-il beaucoup de limitations quant à l'application du talion telle que la situation médicale de l'auteur ou encore ses liens de parentés avec la victime. Dans ce sens, toutes les écoles doctrinales admettent

⁶⁷⁰ Coran, Sourate 2 : 178-197, *op.cit.*, p. 35.

⁶⁷¹ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The penal law of islam*, *op.cit.*, p. 154.

⁶⁷² Dans ce cadre, les classifications (qui touchent par exemple l'homicide) deviennent catégoriques dans la détermination du montant du dédommagement.

⁶⁷³ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, *op.cit.*, p. 47.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 47.

qu'un père et pour certains, tout ascendant, ne peut être soumis à la sanction du talion pour le meurtre de son enfant, ou tout type de descendant⁶⁷⁵. Là aussi, la peine peut varier par la prise en considération des situations spéciales, ce qui constitue encore une fois une rupture certaine avec la logique des hudud qui ne prend en compte que l'intérêt public vu par une perspective totalisante des rapports.

Cette spécificité du régime du *qissas* a permis de le considérer comme une brèche à partir de laquelle on pourrait introduire des facteurs d'évolution au sein de la rationalité punitive du système des sanctions islamiques. On ne pourrait certainement pas qualifier ces facteurs de nouveaux ou d'étrangers puisqu'ils sont extraits de l'intérieur même de cette rationalité. De ce fait, leur légitimité et leur efficacité ne pourraient être que renforcées.

b. Les perspectives d'évolution de la rationalité pénale à partir du régime juridique du *qissas*

En observant les spécificités du régime des sanctions du *qissas*, la question se pose si ce dernier pourrait être considéré comme une forme de justice restaurative. Le cas échéant, il pourrait servir d'exemple à étudier pour les législations occidentales, mais aussi de voie à emprunter afin de développer la philosophie punitive des Etats appliquant le droit pénal musulman ou, plus généralement, ayant le droit musulman comme source de droit. C'est à partir de cette perspective que le *qissas* a été perçu par Susan Hascall comme un sujet digne d'être soulevé afin d'enrichir les débats sur la notion de justice restaurative⁶⁷⁶. Il est donc intéressant de voir comment les liens ont été établis entre deux concepts qui semblent de prime abord différents, si ce n'est inconciliables, sachant que le droit pénal musulman est l'un des axes les plus controversés et les plus critiqués en occident. Par ailleurs, nous tenterons de d'examiner la véracité de ce parallèle entre les deux types de justice pour voir s'il s'agit vraiment d'une opportunité orientée vers l'innovation de la philosophie pénale islamique.

A cet effet, il faut commencer par revenir au concept de justice restaurative et en saisir les implications. En 1999, Lode Walgrave écrivait que la justice restaurative était « loin d'être un ensemble complet de pratiques basé sur une théorie juridique toute faite » et que c'était « plutôt un mouvement et un terrain d'expérimentation et de recherche reposant sur un idéal

⁶⁷⁵ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, *op.cit.*, p. 48.

⁶⁷⁶ Susan C. Hascall, « Restorative justice in islam : Should *qissas* be considered a form of restorative justice », *op.cit.*

intuitif de justice dans un idéal vague de société »⁶⁷⁷. Cette réalité sur le concept de justice restaurative demeure vrai jusqu'à aujourd'hui puisqu'il est toujours en cours de construction et que le débat est toujours ouvert sur les tendances à suivre afin d'en assurer l'efficacité. C'est peut être pour cette raison que le régime des sanctions du *qissas* est scruté afin d'enrichir par le concept par certains de ses mécanismes mais aussi pour faciliter son implémentation dans un terrain qui semblait pourtant hermétique à cette idée, à moins que les idéaux de justice correspondent. Par ailleurs, la multiplication des tendances au sein du mouvement de la justice restaurative a mené à une multitude de définitions.

Ainsi, Tony Marshall définit la justice restaurative comme étant « un processus par lequel les parties intéressées par une agression particulière se rassemblent pour résoudre d'une manière collective la gestion de cette agression et de ses implications dans le futur »⁶⁷⁸. Cette définition semble mettre l'accent sur l'aspect humain de la justice restaurative et signale l'importance de l'implication de toutes les personnes concernées par un tort donné dans son redressement. Pourtant cette définition a été critiquée pour son simplisme, puisque la justice restaurative ne pourrait être qu'un simple processus incluant. Ainsi, Bazemore et Walgrave pensaient palier à cette lacune en insistant sur le fait que « la justice restaurative est toute action orientée premièrement à rendre justice en restaurant le mal causé par un crime »⁶⁷⁹.

A cet effet, on considère qu'il est nécessaire de mettre l'accent sur le préjudice causé afin de comprendre la justice restaurative. Dès lors, il ne s'agit plus de voir le crime ou la déviance comme étant une transgression d'une norme juridique mais plutôt à partir de la perspective du redressement du mal causé⁶⁸⁰. L'importance n'est plus accordé à l'Etat comme détenteur du pouvoir de l'application des normes et de leurs sanctions mais plutôt sur la fonction du contrôle social qui doit être orientée vers la réparation, la réhabilitation et la réconciliation. Les deux définitions semblent ainsi verser vers les mêmes débouchés, même si les points de vue du départ sont différents. Ceci étant, la définition de Dorne qui considère que la justice restaurative est « une philosophie de la justice qui met l'accent sur l'importance et les interrelations de l'agresseur, de la victime, de la communauté et du gouvernement dans

⁶⁷⁷ Lode Walgrave, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *Criminologie*, vol. 32, N. 1, 1999, p. 24.

⁶⁷⁸ « A process whereby the parties with a stake in a particular offense come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offense and its implications for the future ». Tony Marshall, « The evolution of restorative justice in Britain », *The European Journal of Criminal Policy and Research*, Vol.4, N. 4, 1996, p. 37.

⁶⁷⁹ « Restorative justice is every action that is primarily oriented towards doing justice by restoring the harm that has been caused by a crime ». Cité par *Ibid.*, p. 9.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

des cas de crime et de délinquance »⁶⁸¹ semble concilier entre les deux et démontrer ces deux points qui portent sur la critique du monopole de l'Etat et de la société sur le processus pénal et de l'obligation de l'intégration des victimes, de leurs familles et des communautés à qui il faut apporter réparation.

Le parallèle avec le régime juridique du *qissas* se fait ainsi sur la base qu'il offre à la fois la possibilité de l'intégration des victimes et de leurs familles et de leur donner le choix de la sanction à opérer et en encourageant de pardonner et de passer outre la vengeance. Par ailleurs, en mettant en lumière le préjudice subi par ces personnes et en cherchant à trouver un moyen de le redresser directement, il y a une recherche de réconciliation et de réparation qui dépasse l'aspect financier. Cependant, il ne faut pas oublier de mentionner que le *qissas* correspond littéralement à la définition de la justice punitive donnée par Walgrave. Cette dernière « considère surtout le préjudice apporté à l'ordre juridico-moral, lequel est rétabli par l'infliction d'une souffrance proportionnelle aux préjudices générés par le délit »⁶⁸². Ce genre de justice est tout à fait banni par la justice restaurative qui évolue selon une logique refusant de répondre au mal par le mal et qui n'admet la sanction que dans la mesure où elle est aussi restaurative⁶⁸³. Donc, la possibilité que le *qissas* puisse être un facteur permettant de faire pencher la politique criminelle vers la rationalité restaurative est sérieusement limitée par le fait que sa vision initiale va totalement à l'encontre de ce mouvement et donne même une importance capitale au rétablissement des situations à leur état initial par le biais de procédés vindicatifs.

Ceci étant, et comme le note Hascall dans son plaidoyer pour l'intégration du régime des sanctions du *qissas* dans le cadre de la réflexion sur la justice restaurative, la part accordée à la justice punitive dans la philosophie du *qissas* ne doit pas nous faire oublier que le mécanisme se présente comme un ensemble de procédés complémentaires. A juste titre, Hascall relève que les notions de justice, de communauté et de dignité humaine sont des thèmes centraux en ce qui concerne la théorie pénale islamique. Evidemment, la mise en œuvre de ces concepts est spécifique et correspond à la vision présentée par cette philosophie, mais ceci n'empêche que ces thèmes gardent leur importance et qu'ils sont aussi valorisés

⁶⁸¹ « A philosophy of justice emphasizing the importance and interrelations of offender, victim, community and government in cases of crime and delinquency ». Clifford Dorne, *Restorative justice in the United States : An introduction*, Londres, Pearson- Prentice Hall, 2008, p. 3.

⁶⁸² Lode Walgrave, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *op.cit.*, p. 10.

⁶⁸³ « balancing the harm done by the offender with further harm inflicted on the offender. That only adds to the total amount of harm in the world ». *Ibid.*, p. 22.

quand il s'agit de la perspective restaurative qui met en œuvre le jeu de la communauté tout en dénigrant le monopole de l'Etat et de la société du caractère victimaire et leur récupération du préjudice. L'importance de la notion de communauté atteint clairement son paroxysme quand il s'agit de la mise en œuvre du système des *hudud* mais elle garde une importance capitale concernant les crimes couverts par le système du *qissas* puisque la protection de la vie figure parmi les buts centraux de la mise en place du système pénal lui-même. Par ailleurs, la centralité du concept du repentir, qui malgré sa connotation fortement religieuse, trouve sa place dans le cadre d'une réflexion sur la justice restaurative. Le repentir étant un appel à prendre conscience de ses actes et à reconnaître le tort commis, il peut constituer une voie vers la réhabilitation de l'agresseur et faciliter le processus du pardon et la réintégration dans la communauté. Dès lors, il y a une prise en considération majeure de l'agresseur lui-même par le biais d'un processus qui, malgré toutes les critiques qu'on peut porter sur lui, s'avère être inclusif et capable de porter les germes d'une évolution.

De bonnes raisons sont avancées pour dire que le régime juridique du *qissas* est capable dans plusieurs de ses aspects d'introduire des facteurs à même de faire avancer la rationalité pénale dans des voies marquées par plus de souplesses et qui dépassent l'idée du talion à proprement parler. Soulever ces idées permettra de faire réaliser, dans les Etats dont le droit pénal est largement inspiré du droit musulman ou l'applique littéralement, du vaste potentiel évolutionniste de ce droit qui peut être lu sous plusieurs angles. Ainsi, la marche ininterrompue de la raison juridique vers plus de stabilité pourrait être enrichie et surtout assouplie par une telle initiative. Mais le *qissas* n'est pas la seule institution qui présente une telle capacité de se transformer puisque l'institution des *ta'azirat* semble s'inscrire dans la même ligne d'idées.

2. Les Ta'azirat

Les *ta'azirat* ou les peines discrétionnaires sont les sanctions qui n'ont pas été déterminées par le texte comme l'ont été les *hudud* ou le *qissas*. Ainsi, le juge dispose d'un grand pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la qualification des délits et dans la désignation des peines encourues. Les sanctions des *ta'azirat* peuvent par conséquent aller de la simple réprimande ou mise en demeure à la peine de mort en prenant en considération plusieurs éléments du contexte, de la gravité de l'acte commis mais aussi l'état de l'auteur de

l'acte et de son historique⁶⁸⁴. De fait, le champ juridique couvert par les *ta'azirat* est très large puisqu'il atteint tous les crimes et délits, du moment qu'ils ne rentrent pas dans le cadre des *hudud* ou du *qissas* qui sont soumis à des régimes juridiques spécifiques. Il peut aussi s'appliquer dans une situation relevant des *hudud* ou du *qissas* si le manque de preuves, ou tout autre problème procédural, bloque la mise en œuvre des deux systèmes de sanction. Les *ta'azirat* sont donc considérés comme une catégorie de sanctions résiduelles ou complémentaires⁶⁸⁵, chose qui paraît ironique vu son vaste domaine d'application et son importance pour le développement de ce qui peut être qualifié de droit pénal musulman.

L'objet du régime des *ta'azirat* est compréhensible à partir du sens même de l'expression renvoyant au respect, à l'éducation et à la réforme. Ainsi, en tant que catégorie de peines, les *ta'azirat* visent à dissuader, discipliner et à réformer les déviants.

Cette prise en considération de la personne du coupable principalement mène à un système de sanctions au cas par cas. A cet effet, le seul critère que doit respecter le juge est que le type de la sanction et le niveau de sa sévérité soient adéquats afin de prévenir la récidive. Dès lors, il n'existe pas de codification des peines au delà des *hudud* et du *qissas*. Le traitement de la déviance criminelle par le biais des *ta'azirat* est un système personnalisé qui dépend essentiellement de la personne du coupable.

La seconde conséquence de cette politique à but réformateur est que l'éventail des peines appliquées est illimité et dépend et est tributaire de la discrétion du juge et même de son imagination. Comme il a été mentionné auparavant, le juge dispose d'un champ d'intervention qui va de la réprimande à la peine capitale. Cependant, il faut noter qu'à part la flagellation, aucun châtiment corporel n'est admis dans le cadre des *ta'azirat*. Le débat doctrinal par rapport aux procédés d'application de cette sanction est très riche et se concentre largement sur la question du nombre maximum de coups de fouet pouvant être infligés au coupables. Les positions varient entre les écoles qui considèrent que le nombre de coups est illimité à ceux qui appellent le juge à se cantonner dans la limite des coups précisés pour les cas des *hudud* et enfin ceux qui ont décidé d'accorder une totale liberté au juge qui doit évaluer la gravité du crime et statuer en conséquence tout en motivant juridiquement sa

⁶⁸⁴ Abdelqadir 'Uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami-T1*, op.cit., p. 685.

⁶⁸⁵ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, op.cit., p. 66.

décision. Par ailleurs, il y a un consensus sur le fait qu'une telle sanction ne pourra être imposée que dans le cadre des crimes les plus graves⁶⁸⁶.

De ce point de vue, la présentation du régime juridique des crimes et sanctions de *ta'azirat* comme une solution aidant, à la fois, à la mise en place du système pénal islamique et à sa conciliation avec les exigences de ce temps⁶⁸⁷, semble s'expliquer. Etant donné le débat sur la mise en place d'un système de droit pénal islamique en Indonésie, et les controverses générées par ce débat, Santoso explique que le régime des *ta'azirat* renferme une solution idéale. En effet, nous avons là un procédé tiré directement du droit pénal islamique et qui viendrait à être majoritairement, et même uniquement, appliqué si les procédures rigides de preuve pour les *hudud* et le *qissas* venaient à être respectées. Ces deux caractères accommoderaient les défenseurs de l'application du droit pénal islamique, tout en préservant un cadre juridique souple, évolutif et beaucoup plus conforme aux appels de ceux qui voient en l'application de ce droit islamique un danger imminent contre les droits et les libertés⁶⁸⁸.

Pour autant, la difficulté de passer outre le statut de procédé complémentaire accordé aux *ta'azirat* semble découler plus d'une volonté à préserver une certaine vision du système pénal que d'une impossibilité juridique, doctrinale ou même religieuse. C'est que, comme nous cherchons à le prouver au cours du présent chapitre, le renforcement du rôle de la sanction dans ses manifestations les plus axées vers la rétribution est l'un des derniers remparts vers lequel se retranche une raison juridique instable et en cours de dissolution. Bien évidemment, le recours au *ta'azirat* aurait été une alternative beaucoup plus intelligente et facile pour en assurer la survie. Cependant, la stabilité d'une raison juridique ne s'évalue pas seulement par sa survie mais aussi, et surtout, par son authenticité. C'est ce combat qui a mené à ce que l'usage du droit pénal islamique soit utilisé pour marquer le rejet et le refus du droit international. Cette pratique utilisée à l'intérieur des frontières de l'Etat, et du système juridique, est un message adressé à l'extérieur.

⁶⁸⁶ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, *op.cit.*, p. 67.

⁶⁸⁷ Topo Santoso, «Implementation of Islamic criminal law in Indonesia: Ta'azir punishment as a solution», *op.cit.*, p. 128.

⁶⁸⁸ Santoso avance à cet effet la théorie d'Al Fitri, plaidant lui même pour le fait de donner un plus grand rôle au *ta'azirat* dans le système pénal islamique. Ce dernier pense que l'application des *ta'azirat* pourra figurer comme un médiateur entre deux camps pourtant inconciliables. Il dit à cet effet : « According to Alfitri, "the requirements of both the Islamic criminal law and the ICCPR and CAT can therefore be mediated, inter alia, by strictly adhering to the procedural and evidential requirements prescribed by the Koran which were then theorized by classical Islamic jurists. This method is expected to effectively pacify the criticisms coming from both human rights advocates and proponents of the Shariah law regarding the implementation of Islamic criminal punishments in Muslim countries that are parties to the ICCPR and CAT». *Ibid.*, p. 126.

SECTION II : LA RECEPTION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX EN DROIT PENAL ISLAMIQUE : UN IMPOSSIBLE TERRAIN DE CONCILIATION ?

Au cours de la section précédente, nous avons tenté de présenter la théorie de la sanction en droit islamique traditionnel. Il s'avère qu'il s'agit d'une construction compacte qui dresse des procédés de contrôle juridique, mais aussi, social de la déviance criminelle afin de réaliser un certain idéal et une vision interconnectée de toutes les institutions pouvant influencer le centre du pouvoir.

Ce droit, semble avoir été au centre de plusieurs débats doctrinaux. Pour autant, ces débats n'ont jamais dépassé une certaine limite relevant de la nature des peines imposées pour certaines questions. Par ailleurs, et malgré le potentiel évolutionniste que contient ce droit, la conception traditionnelle du droit pénal islamique est restée cantonnée dans une réflexion conservatrice qui s'explique par le contexte général de la conception du droit, du pouvoir et de la société mais surtout du statut transversal de la religion qui interfère dans tous ces domaines.

Ainsi, et la malgré la forme moderne d'Etats dans laquelle se trouve appliquée la raison juridique aujourd'hui, le droit pénal semble garder, à des degrés différents, plusieurs de ces caractéristiques. En effet, à l'exception de certains Etats qui choisissent d'appliquer le droit pénal islamique dans sa conception la plus traditionnelle, beaucoup ont choisi de moderniser leurs corpus juridiques. Ceci n'empêche que même dans ce cas, on est toujours capable de retrouver des rémanences qui peuvent trahir un attachement à la conception sociétale de ce droit. Dès lors, on peut conclure que même dans son absence en tant que procédé, le droit pénal islamique peut continuer d'exister en tant que politique au niveau institutionnel. Ceci sans mentionner, le niveau purement sociétal où la conviction de son caractère « juridique » peut toujours perdurer de façon à ce qu'il constitue une forme de sous-droit.

Quoi qu'il en soit, au niveau purement institutionnel, le droit pénal dégage une énergie qui, une fois combinée aux facteurs idéologiques, constitue un bouclier contre les menaces du haut (droit international) et du bas (sous-droit en vocation de devenir droit). Par conséquent, la mise en place d'un système de droit pénal traditionnel dans les Etats islamiques contemporains paraît essentiel (Paragraphe 1). En effet, il constitue un axe de résistance

contre les changements globaux causés par la réception du droit international et sert à contrer cette menace agissant sur plusieurs niveaux (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : La mise en place du droit pénal islamique dans les systèmes juridiques islamiques contemporains

Rentrer dans les détails du droit pénal islamique au paragraphe précédent se justifie par une manœuvre cherchant à observer comment ce droit s'applique au sein des systèmes juridiques contemporains qui semblent fonctionner sur la base d'une raison juridique islamique. Bien évidemment, cette raison n'est pas uniforme. Son évolution dans les champs juridiques de son application est influencée par des facteurs différents. Ainsi, le degré d'authenticité du régime du droit pénal appliqué semble dépendre des visions protégées par la raison et des points de vue philosophiques et politiques qu'elle prône. C'est ce pragmatisme du concept de raison juridique qui nous permet d'en saisir les différentes déclinaisons et de comprendre les causes qui motivent ces différentes versions. Ainsi, plusieurs Etats islamiques ont choisi de déterminer quelles parties de la charia seront appliquées, en affirmant leur pouvoir de déterminer ce qui rentre dans la case du droit et ce qui constitue sa violation. En intégrant ainsi le droit islamique dans le processus de codification, ils opèrent *de facto* une modernisation, tant au niveau de la forme qu'au niveau du contenu qui devient tributaire des volontés de l'Etat. Ils répondent à la description de Bernard Botiveau qui considère que « dans les sociétés actuelles, il n'existe pas de droit positif correspondant au droit islamique mais des droits positifs validés par des États et tenant compte de cette culture juridique sans en être totalement dépendant »⁶⁸⁹.

Seulement, ces différences n'ont pas empêché des tentatives d'unification de la pratique pénale. En effet, il ne faut pas manquer de rappeler l'initiative du code pénal arabe unifié. Produit sous l'impulsion du plan de Sanaa pour l'unification des législations arabes⁶⁹⁰ qui a pour but de « préparer une base solide et stable pour créer une législation arabe unique selon les règles de la charia islamique, et en prenant en considération les conditions des sociétés dans chaque Etat »⁶⁹¹, le projet du code pénal arabe unifié a été approuvé par le conseil des ministres de la justice Arabe à l'occasion de la décision 12-229 datant du 19

⁶⁸⁹ Bernard Botiveau, *Loi islamique et Droit dans les Société Musulmanes*, Paris, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, Karthala, 1993, p 312 et suiv.

⁶⁹⁰ Deuxième congrès du conseil des ministres de la justice Arabes, Ligue des Etats Arabes, 1981.

⁶⁹¹ Traduction personnelle de l'arabe. Texte disponible sur le site du centre Arabe des recherches juridiques et judiciaires (CARJJ) affilié au conseil des ministres de la justice Arabes. URL : <http://www.carjj.org/node/236>.

novembre 1996⁶⁹². Le code pénal arabe unifié considère la charia comme un idéal à atteindre par tous les pays signataires et met en application la vision traditionnelle du droit pénal musulman en consacrant les sanctions des *hudud*, du *qissas* et des *ta'azirat*. Il n'en reste pas moins que ce code n'a été adopté par aucun Etat arabe ce qui le réduit au statut d'éternel projet. Cependant, sa signature par tous les ministres de la justice des Etats membres de la ligue Arabe peut être considéré comme révélateur de l'influence du droit musulman et de l'existence palpable de ce qu'on nomme la raison juridique islamique. Par ailleurs, c'est la vérification de la position selon laquelle le droit pénal musulman serait toujours à l'état latent.

Dans le cadre de ce paragraphe, nous choisissons donc de nous intéresser au cas de l'Arabie Saoudite qui a la réputation d'avoir préservé une application très traditionnaliste de la charia, en n'interférant pas avec les domaines de cette dernière et la considérant comme la loi unique du pays. Dans ce cas, le système du droit pénal trouve ses sources dans la pure tradition islamique, sans altération ni modification (A). Terre des lieux saints de l'islam, cette politique paraît cohérente avec le statut de l'Arabie Saoudite. Pour autant, plusieurs Etats qui ont entamé un processus de modernisation juridique continuent de garder un modèle de droit pénal très proche ou même réincarnant le modèle traditionnel. Nous choisissons, à cet effet, de passer en revue les modèles de l'Iran et du Pakistan qui constituent des cas intéressants, dès lors qu'ils s'agit d'étudier ensuite leur interaction avec le droit international (B).

A. La conservation du droit pénal islamique traditionnel : le cas du Royaume de l'Arabie Saoudite

Pour comprendre le cadre juridique général en œuvre dans le royaume de l'Arabie Saoudite, il faut premièrement revenir à la loi fondamentale du premier mars 1992. Cette dernière dispose dans son article premier que « le royaume d'Arabie saoudite est un État islamique arabe souverain. Sa religion est l'Islam; le Saint Coran et la Sunna du prophète (que la paix soit sur lui) forment sa Constitution »⁶⁹³. Il s'en suit que cette loi fondamentale est loin de renfermer le statut de constitution qui revient uniquement au coran et la sunna prophétique. Cette loi fondamentale a été considérée comme le symbole d'une volonté de modernisation puisqu'elle offre une explication du cadre juridique dans lequel évolue le royaume.

⁶⁹² Disponible en langue Arabe sur le site du CARJJ. URL : <http://www.carjj.org/node/237>.

⁶⁹³ Nous utilisons la traduction en français de Jean-Pierre Maury disponible sur <http://mjp.univ-perp.fr/constit/sa1992.htm>. Les versions en langues arabe et anglaise sont disponibles sur le site officiel du conseil de choura du royaume d'Arabie Saoudite. URL : <http://www.shura.gov.sa/wps/wcm/connect/ShuraEn/internet/Laws+and+Regulations/The+Basic+Law+Of+Government/Chapter+One/>

Cependant, l'organisation juridique autour du droit musulman classique est un principe cardinal.

Dans ce sens, et s'agissant de l'application du droit pénal, deux articles de cette loi fondamentale doivent faire l'objet d'une lecture combinée et en ayant à l'esprit le principe général avancé par l'article premier. D'abord, l'article 26 qui dispose que « l'État protège les droits de l'homme conformément à la Charia islamique » et puis l'article 48 selon lequel « les tribunaux appliquent les règles de la Charia islamique dans les cas où elle s'applique, conformément à ce qui est prévu par le Saint Coran et la Sunna, et les lois décidées par le gouvernement ne doivent pas être contraires au Saint Coran et à la Sunna ». Cela veut dire que les juges appliquent le droit selon les tradition du *fiqh* islamique et que leur travail pour qualifier un cas et décider d'un jugement, repose sur les mêmes procédés clarifiés précédemment. Par ailleurs, aucune disposition gouvernementale ne peut contrevenir à la suprématie des règles islamiques, même celles qui concernent la ratification des instruments internationaux. En matière des droits de l'homme, la seule lecture possible est celle qui se conforme aux limites de la charia. Pourtant, il est clair que les frontières du paradigme des droits de l'homme dépassent de loin les contours du concept dans son acception islamique. Il s'agit donc d'une appropriation du concept des droits de l'homme qui permet d'appliquer ses propres standards tout en arguant qu'il n'y a aucun dépassement selon la perspective d'origine. Cette construction qui s'apparente fortement à une forme de bricolage intellectuel permet au système pénal de fonctionner en se complaisant dans une logique pourtant artificielle et dont les contradictions peuvent être rapidement décelées.

En tout état de cause, le texte de la loi fondamentale de l'Arabie Saoudite précise que le statut de constitution ne peut être attribué qu'au coran qui fait donc l'objet d'une application stricte et ne pouvant supporter aucun d'interprétation d'une visée rénovatrice. Dans ce sens, les juges saoudiens tranchent les litiges sur la base du rite *hanbalite* c'est à dire qu'ils testent la véracité de leurs opinions à la lumière de cette tendance précise du *fiqh* et sous l'égide des sources principales que sont le coran et la sunna⁶⁹⁴.

Ainsi, les cours chariaques appliquent la conception *hanbalite* des crimes des *hudud* et du *qissas*. Par ailleurs, les juges disposent d'une grande liberté en ce qui concerne les matières relevant essentiellement du *fiqh* tels que les crimes de *ta'azirat* et leur indépendance du

⁶⁹⁴ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, op.cit., p. 148.

pouvoir du roi dans ce domaine constitue une prérogative importante⁶⁹⁵. Les sanctions des *ta'azirat* qui peuvent atteindre la peine capitale ont pourtant commencé à être encadré par des textes règlementaires⁶⁹⁶ et il existe une certaine coopération entre les juges (ulama) et les autorités pour ces catégories de crimes qui concernent essentiellement des phénomènes modernes. Il faut mentionner que pour ces crimes régulés par les textes, les sanctions varient souvent entre l'emprisonnement et les amendes mais n'atteignent jamais les châtiments corporels⁶⁹⁷. Aussi, et suivant l'initiative de 1989 qui a créé un corps semblable au ministère public chargé de l'investigation des affaires et visant à instaurer plus de contrôle à l'égard des abus, un texte régulant les procédures pénales a été introduit en 2001. Ce texte prévoit dans son article premier que « les cours appliquent la charia islamique selon les dispositions du livre et de la sunna, et selon les régulations conformes au livre et à la sunna émises par le gouvernant, et se limitent dans les procédures d'adjudication au présent texte ». Par ailleurs, son article deuxième interdit tout recours à la torture ou tout acte touchant à la dignité du détenu. Ce code constitue une approche de modernisation et de rationalisation du système pénal qui doit être saluée vu le contexte général d'absence de réglementation en cette matière. Ceci dit, il trahit une contradiction inhérente au système pénal saoudien qui interdit la torture au cours de la procédure judiciaire, alors qu'un bon nombre des sanctions admises en son sein sont elles mêmes assimilées à des pratiques inhumaines et dégradantes.

Contre cette critique, l'argument principal est le fait que les crimes des *hudud* sont tellement difficiles à prouver que la sanction n'est que rarement décidée pour ces cas. On rapporte par exemple que seulement deux amputations ont eu lieu en 1982 contre 4.925 *ta'azirat*⁶⁹⁸. Dès lors, vu la procédure stricte et le système de preuve des *hudud* auquel il est très difficile de se conformer, cette catégorie là devient complémentaire avec la catégorie des *ta'azirat* en Arabie Saoudite. Cette dernière imposant des peines beaucoup moins strictes mais dispose d'une procédure et d'un système preuves beaucoup plus souples. Les juges saoudiens, qui disposent d'une délégation du roi en cette matière, disposent d'une autorité étendue qui leur permet de décider de sentences beaucoup plus lourdes que celles établies par

⁶⁹⁵ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, op.cit., p. 149.

⁶⁹⁶ Sous la forme de décret royaux, ils concernent la contrefaçon, les crimes commis par les fonctionnaires de l'Etat, la fraude, le faux et l'usage du faux, le blanchiment d'argent, la détention et le trafic de substances illicites et le port illicite d'armes.

⁶⁹⁷ Franck E. Vogel, *Islamic law and legal system : Studies of Saudi Arabia*, Leiden, Brill, 2000, p.232

⁶⁹⁸ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, op.cit., p. 150.

le rite *hanbalite* en matière de *ta'azirat*⁶⁹⁹. Cette prérogative des *qadhi* (juges) permet de contourner facilement le système lourd des *hudud*.

Il existe d'autres moyens pour contrebalancer les rudes sanctions imposées dans le cadre des *hudud*. Ainsi, n'importe quel doute mettant en cause la procédure des *hudud* permet de transférer la procédure à un autre système de procédure pénale qui est généralement les *ta'azirat*, bénéficiant ainsi au suspect. Ce bénéfice du doute apparaît clairement lorsqu'il s'agit de l'aveu. Dans ce sens, le principe cardinal est que les aveux doivent être volontaires et ne doivent avoir été fait sous l'impulsion d'aucune pression. En Arabie Saoudite, une décision de *hudud* peut être annulée suite à la simple déclaration du défendant que ses aveux ont été le produit de la coercition, et ce malgré toutes les autres preuves entérinant sa responsabilité pénale⁷⁰⁰. Dans ce cas, l'intéressé pourra faire l'objet d'une peine discrétionnaire, mais il est certain qu'elle sera beaucoup moins stricte qu'une peine résultant du système des *hudud*. La rétraction de l'aveu pourra se faire à tout moment de la procédure et cela ne pourra en aucun cas être retenu contre le défendant.

Par ailleurs, et concernant les *hudud*, il existe une possibilité d'interjeter appel de la décision de la première instance devant un conseil chargé de la révision des sentences (*mahkamat attamyiz*)⁷⁰¹. Par ailleurs, les décisions de cette cour qui concernent la mise à mort, la lapidation, l'amputation ou le *qissas* n'acquièrent la force de la chose jugée qu'après avoir été soumises aux regards du conseil supérieur de la justice⁷⁰². Enfin, le roi qui doit ordonner l'exécution de la sentence, dispose lui aussi d'un droit de révision sur ces décisions⁷⁰³.

Il faut dire qu'en matière pénale, le roi dispose lui aussi de compétences élargies et qu'il continue aujourd'hui à user de ses prérogatives. En effet, la doctrine classique accorde au gouvernant, en tant que tuteur (*waley amr*) la prérogative d'exercer la justice de *siyassa* (littéralement politique) dans une perspective d'utilité et de préservation de l'ordre public. Le roi peut donc ordonner l'exécution de sentences de *hudud* ou de *qissas* après avoir consulté un conseil de jurisconsultes ou après avoir créé une cour *ad hoc* chargée d'élucider les faits. Mais, dans ce cas, aucune sorte de procès n'est entamée puisque la *siyassa* s'inscrit dans le

⁶⁹⁹ Franck E. Vogel, *Islamic law and legal system*, op.cit., p. 236.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 244.

⁷⁰¹ Articles 194 à 212 du règlement des procédures pénales saoudien.

⁷⁰² Article 205 du règlement des procédures pénales saoudien du 26 novembre 2013, entré en vigueur le 7 décembre 2013

⁷⁰³ Rudolph Peters, *Crime and punishment in Islamic law*, op.cit., p. 150.

cadre de l'exécutif et non pas du judiciaire. Tout simplement la procédure judiciaire n'est pas requise puisqu'il ne s'agit nullement d'une procédure judiciaire.

Il est considéré que le système de de *ta'azirat* en Arabie Saoudite se rapproche plus de la *siyassa* que du *fiqh* des *hudud*. Non pas dans leur aspect procédural puisque les *ta'azirat* restent soumis à la procédure judiciaire, mais plutôt dans la liberté accordée au juge pour la détermination de la sanction⁷⁰⁴. Ainsi, toutes les restrictions déterminées pour les *hudud* et qui constituent une protection de l'accusé ne sont pas observées aussi strictement dès lors qu'il s'agit du domaine des *ta'azirat*. Cette flexibilité a même atteint le niveau des sanctions administrées en matière de *ta'azirat*. Nous avons précédemment relevé le débat concernant la limite des peines administrées en cette matière et le consensus général sur l'incapacité du juge de décider de la peine capitale sur qu'il évolue dans une procédure relevant de ce domaine précis.

Ibn Taymiya avait considéré qu'une sentence de mise à mort pourrait être décidée dès lors qu'il s'agissait d'un individu ayant subi plusieurs sanctions de *hudud* sans pour autant se repentir du crime, ou pour tous ceux dont le mal causé sur terre ne pourra être éradiqué que par leur disparition⁷⁰⁵. Cette conception des *ta'azirat* qui va au delà des limites de la doctrine *hanbalite* est largement acceptée par les *wahabi* saoudiens. Pour autant, les juges saoudiens estiment avoir trouvé un juste milieu en ce domaine en déferent les peines de mort décidées en matière de *ta'azirat* aux regards du roi qui devrait réviser la décision en sa qualité d'*imam* ou de *waley amr*⁷⁰⁶. Sa prérogative de validation découle ainsi de son statut de tuteur.

Compte tenu de ce qui précède, il est possible de tirer quelques conclusions concernant la construction du système pénal saoudien. Pour commencer, l'instauration du coran comme constitution et l'application du droit musulman pur qui s'en suit, ne veut pas dire pour autant qu'il n'existe pas un domaine d'interprétation réservé au pouvoir et à ses intérêts. En effet, la conception du droit musulman n'est ni unifiée ni standardisée, il n'existe pas de droit musulman qui ne soit pas influencé par le contexte de son application. Il existe évidemment plusieurs frontières qui limitent l'effet des interprétations et des justifications doctrinales. Pour autant, ces dernières disposent d'un grand pouvoir dans la normalisation de nouvelles pratiques et dans leur intégration dans le champ de validité du droit musulman. Dans ce sens, la conservation du modèle traditionnel de droit pénal islamique ne veut pas dire que le

⁷⁰⁴ Franck E. Vogel, *Islamic law and legal system*, op.cit., p. 249.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ *Ibid.*

pouvoir saoudien se déleste de tout pouvoir à cet égard. Les interactions dynamiques mais aussi l'opposition entre *fiqh* (domaine doctrinal du juge) et *siyassa* (domaine discrétionnaire du roi), entre *uléma* (juges) et roi, entre *hudud* et *ta'azirat*, montrent que même le droit musulman traditionnel réputé rigide et frappé d'une fixité temporelle, institutionnelle et matérielle, ne peut se résoudre à une telle inertie. Ces oppositions et interactions montrent aussi que face au développement du domaine du droit pénal, de sa pratique et de sa rationalité et au fait que les réponses classiques du droit pénal islamiques se retrouvent dans des impasses répétées, l'extension des prérogatives de certaines institutions et la rationalisation du droit deviennent des impératifs pour assurer son existence. Cette réalité montre que la prétention d'une application puriste du droit musulman ne peut échapper aux différentes pressions qui pèsent sur lui.

Dans ce sens, la tentative de rationalisation entamée en droit pénal saoudien par la codification du cadre juridique de certains crimes nouveaux qui échappent au système des *ta'azirat*, la promulgation du règlement de procédures pénales qui constitue en lui même une avancé en matière du respect du droit à être jugé par une disposition précédente et non pas inventée sur place par un juge et selon sa discrétion illimitée, sont tous autant de signaux positifs montrant que les pressions du contexte intérieur et extérieur sont capables de réaliser des révolutions juridiques.

Il n'en reste pas moins que ce parti pris de la rationalisation et de la bureaucratisation du système pénal ne change rien au fait qu'il reste basé sur la conception islamique de la punition et sur la politique criminelle qui s'en suit. La confiance en les vertus de la répression et de l'éducation par la punition restent des caractères centraux du système pénal saoudien. Ainsi, c'est par le biais de montages intellectuels artificiels que le système pénal se complait dans son respect des droits humains dans les limites imposées par la charia.

On peut donc avancer que les limites de l'évolution du droit s'arrêtent ou le point de vue ou la philosophie qui représente son essence est menacée. Dans ce cas, la sanction relève d'intérêts multiples qui ont tous le juridique pour point de rencontre. Elle est un impératif religieux, politique et social qui doit être mis en place par le dispositif juridique qui constitue le ciment de toutes ces institutions. La sanction comme axe de résistance est donc un merveilleux moyen pour à la fois observer comment la raison juridique opère en tant que concept transversal mais aussi comment elle se préserve tout en évoluant. Cet aspect est bien plus évident dès lors qu'il s'agit d'étudier comment le droit pénal islamique s'intègre dans des corpus juridiques modernes.

B. L'intégration du droit pénal islamique dans le corpus juridique étatique : Les cas de l'Iran et du Pakistan

Il n'est pas surprenant de voir que dans tous les cas où on observe des appels pour l'islamisation de l'Etat, et donc de la loi, ce mouvement se concrétise par l'introduction du droit pénal islamique⁷⁰⁷. Ceci revient sans doute à l'intérêt de ce dernier pour l'entérinement de l'idée de la communauté islamique et de la portée légitimatrice qu'il a de tout le concept de l'Etat islamique tel qu'il existe aujourd'hui. Un Etat islamique est d'abord celui qui respecte et applique les limites de Dieu. L'idée peut paraître simpliste, même naïve, au regard des réelles fonctions imputées à un Etat. Pourtant, c'est bien une fonction cardinale au sein de l'Etat islamique et peut même devenir sa raison d'être.

De ce fait, l'islamisation de la loi étatique ne veut pas forcément dire qu'il existe un retour vers l'application des règles traditionnels du *fiqh* et de leurs procédés. Du moment que le contenu est absorbé par le système de codification moderne, on peut considérer que l'Etat impose un sceau de légitimation à ses normes tout en préservant une prérogative importante, celle de dire le droit. Cette manœuvre permet à deux systèmes d'idées qui, pourtant se rejettent mutuellement, de coexister dans une sorte de paix juridique. La raison juridique islamique cohabite donc avec l'Etat. On ne peut dire qu'elle s'impose à lui, puisqu'elle lui permet de puiser dans son potentiel de légitimation. Un heureux ménage qu'on estime bien représenté par les exemples de l'Iran (1) et du Pakistan (2).

1. La république islamique de l'Iran

Le cas de la république islam d'Iran est particulièrement intéressant. Contrairement à l'exemple de l'Arabie Saoudite qui œuvre à maintenir une version traditionnaliste de l'organisation Etatique (ou au moins prétend le faire), l'Iran intègre l'application du droit pénal dans le contexte moderne de l'Etat doté d'une constitution et de lois. L'islamisation du droit se fait donc à un tout autre niveau et est soumise à une logique différente qui doit s'accommoder de la logique de l'Etat et de ses priorités. Cette réalité, combinée avec la volonté d'instaurer un régime islamique a donné lieu à un traitement spécifique du droit pénal islamique.

Pour commencer l'étude du droit pénal iranien, il faut revenir à la constitution de la république islamique qui contient les principes directeurs de tout l'arsenal juridique du pays.

⁷⁰⁷ Voir Jan Michiel Otto (dir.), *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, Leiden Press University, 2010.

Cette constitution impose l'idéologie islamique comme étant la base de la pratique politique et juridique. Ce caractère est précisé dès les premières lignes du préambule selon lesquelles « la Constitution de la République Islamique d'Iran est la manifestation des institutions politiques, sociales, culturelles et économiques de la communauté de l'Iran sur la base des principes et des préceptes de l'idéologie islamique reflétant l'aspiration intime de la communauté islamique »⁷⁰⁸. Cette insistance sur la création d'institutions inspirées de l'idéologie islamique et de ses préceptes implique directement que « la question de la justice dans ses rapports avec la sauvegarde de la voie active de l'islam, dans l'intention de prévenir toute déviation de structure au sein de la communauté islamique et empêcher le développement de telles déviations, revêt un caractère vital et pressant »⁷⁰⁹. Ce caractère provient justement de l'importance de l'islamisation du droit comme une voie pour l'islamisation de la société et dans un second temps pour maintenir cette forme de société et prévenir les déviances. Pour réaliser cette priorité, les institutions seront donc soumises à « un contrôle précieux et sérieux de la part de théologiens islamiques justes, vertueux et sincères »⁷¹⁰. Il existe donc un enchevêtrement entre les pouvoirs étatiques et le pouvoir du clergé inhérent à cette forme d'organisation. Ces derniers convergent dans le but de réaliser l'idéal du gouvernement islamique. Cette construction est concrétisée par les dispositions du quatrième principe de la constitution iranienne selon lequel « l'ensemble des lois et règlements civils, pénaux, financiers, économiques, administratifs, culturels, militaires, politiques et autres doit être basé sur les préceptes islamiques. Ce principe s'applique d'une manière générale à tous les principes de la constitution, aux autres lois et règlements. La détermination de ce point est de la compétence des docteurs du dogme membres du conseil de surveillance ».

C'est dans ce contexte qu'a été introduite la loi pénale islamique en Iran qui est venue remplacer le code pénal iranien de 1926. La législation pénale islamique en Iran a d'abord été introduite par la commission des affaires juridiques et judiciaires sous la forme de deux lois. La première, en 1981, portait sur les *hudud*, le *qissas* et la *diyya*. Elle fut provisoire⁷¹¹ et son

⁷⁰⁸ Constitution de la république islamique de l'Iran, adoptée le 24 octobre 1979, entrée en vigueur le 3 décembre 1979 et révisée le 28 juillet 1989.

⁷⁰⁹ Préambule, *ibid*.

⁷¹⁰ *Ibid*.

⁷¹¹ Selon le principe quatre-vingt-cinq de la constitution iranienne « la chambre (des représentants) ne peut pas transférer son pouvoir de légiférer à un individu ou à une commission, mais en cas de nécessité elle peut confier le pouvoir de libeller certaines lois [...] à ses commissions internes. Dans ce cas, les dites lois seront appliquées à titre expérimental pendant la période déterminée par la chambre et leur approbation définitive appartiendra à la chambre »

application cessa en 1991 avec l'introduction du code pénal islamique. En 1982, la loi sur les *ta'azirat* a été introduite et fut l'objet de beaucoup de controverses. Son application a aussi été provisoire et elle fut jointe en 1996 au code pénal islamique. Mais cette islamisation du droit pénal qui devait se faire en parallèle avec l'entérinement des bases d'un Etat postrévolutionnaire fut l'objet de beaucoup de pressions émanant de ce contexte. Il fallait donc trouver un équilibre entre plusieurs intérêts et il s'avère que même la sacralité du droit ne pouvait lui garantir un caractère rigide et inchangé. Pour autant, c'est un droit qui ne perd pas son énergie et dont la raison continue de guider les décisions étatiques.

Ce fragile équilibre peut se lire dans la controverse et les tribulations qui ont accompagné l'adoption de la loi sur les *ta'azirat*. Cette dernière introduite en 1982 par la commission des affaires juridiques et judiciaires du parlement iranien est rejetée par le conseil de surveillance au motif que la codification des peines des *ta'azirat* est contraire à la charia⁷¹². Ces derniers sont au regard de la charia des peines discrétionnaires qui relèvent essentiellement de la libre discrétion du juge. Or, le législateur iranien se propose dans ce cas de préciser le domaine d'application de ces peines, leurs caractères et la procédure de leur mise en œuvre⁷¹³. Ce conflit finit par être soumis aux regards de l'Ayatollah Khomeyni, guide suprême de la république islamique qui est sensé émettre un *fatwa* (avis juridique) afin de trancher en faveur de l'une de ces institutions. Deux logiques s'opposent donc, celle du conseil de surveillance dont la fonction est de veiller à préserver l'islamité des lois et de prévenir la déviation de ce choix social, politique et juridique et celle du parlement iranien et de la commission des affaires juridiques et judiciaires qui tendent vers une application d'un droit pénal totalement codifié et contrôlé en amont par le pouvoir législatif quitte à contrevenir aux dispositions du droit pénal islamique.

Ainsi, la problématique à laquelle devait répondre le guide suprême se résumait dans la question qui lui a été adressée par le président du conseil supérieur judiciaire en ces termes « Concernant les *ta'azirat*, est-il possible pour la loi de prévoir les peines afin d'éviter au

⁷¹² Principe 94 de la constitution iranienne « Toutes les décisions de la chambre des députés seront envoyées au conseil de surveillance. Le conseil de surveillance doit, dans un délai maximum de dix jours à compter de la date de réception, les étudier sur leur conformité avec les principes de l'islam et la constitution, et si elles y sont contraires, il les renverra à la chambre pour leur modification, autrement, les dites décisions seront applicables ».

⁷¹³ « Le degré et le caractère des peines des *ta'azirat* sont du domaine du juge. Contraindre celui-ci à appliquer une peine déterminée à l'avance est à la fois contraire à la charia et la non application d'une peine conforme au crime commis ». Cité par Azadeh Niknam, « L'islamisation du droit pénal à l'épreuve des réalités en Iran », *Revue du monde musulman et de la méditerranée*, N. 85/86, 1999, p. 54.

maximum les contradictions, les inconséquences et l'hétérogénéité des jugements ? »⁷¹⁴. Plus tard, la commission des affaires juridiques et judiciaires finit par motiver ses choix législatifs en arguant qu'il y aura « d'une part un manque d'homogénéité dans la jurisprudence, des verdicts scandaleusement différents et chaque tribunal prononcera, pour un même crime, des peines divergentes ; ce qui bouleversera le système judiciaire »⁷¹⁵. Elle sera soutenue dans cette démarche par le président du parlement à l'époque, Hachemi Rafsanjani, qui plaide lui aussi pour l'harmonisation du droit au niveau législatif et judiciaire et qui considère cette prérogative comme inhérente à la fonction parlementaire⁷¹⁶. Par ailleurs, ce dernier soulève son souci pour la crédibilité des institutions de l'Etat face à de telles pratiques incohérentes et donc pour sa prérogative d'exercer le contrôle social via l'exercice juridique⁷¹⁷. Il y a là une mise en cause de l'universalité des normes islamiques et de l'impossibilité de leur application à partir d'une perspective qui choisit une compréhension littérale de ce dogme juridique. Certes, cet aveu est implicite puisque cette universalité n'est jamais ouvertement dénigrée et car l'islamisation du droit se trouve au centre des priorités de tous ces antagonistes, mais il démontre un malaise qui oblige à pousser le droit et sa raison à l'évolution par ceux mêmes qui défendent son authenticité sacrée. La décision finale fut donc de codifier le domaine des *ta'azirat* et de favoriser l'intérêt de l'Etat à l'intérêt de l'intégrité du droit pénal islamique et de son authenticité historique. Azadeh Niknam considère que c'est ce genre de conflits de lois au sein d'un même système et qui ont un fort potentiel de blocage a mené à la création de la chambre de discernement de l'intérêt supérieur du régime. Ce nouveau facteur qui entre en jeu permet donc d'équilibrer les intérêts en matière de droit pénal mais pas seulement. En effet, « si l'islam est, au départ, le critère absolu- à la fois origine et aboutissement -, l'intérêt supérieur du régime prend, au fur et à mesure que les réalités s'imposent à la vision des maîtres du pays, le pas sur toutes les autres valeurs jusqu'à faire passer les principes essentiels de l'islam au second plan »⁷¹⁸.

Toujours dans le domaine des *ta'azirat*, qui sont évidemment au centre de ces négociations à cause de leur caractère non fixé, il a fallu répondre à la question de savoir s'ils

⁷¹⁴ Cité par Azadeh Niknam, « L'islamisation du droit pénal à l'épreuve des réalités en Iran », *op.cit.*, p. 51.

⁷¹⁵ Azadeh Niknam, « L'islamisation du droit pénal à l'épreuve des réalités en Iran », *op.cit.*, p. 51.

⁷¹⁶ « Normalement, dans les parlements du monde entier, y compris à l'Assemblée islamique, il est question de promulguer des lois selon lesquelles des peines sont envisagées contre les contrevenants, sans quoi il n'existe aucune garantie pour l'application de la loi ». *Ibid.*, p. 52.

⁷¹⁷ « Le conseil supérieur judiciaire s'opposait, quant à lui, au fait de confier au juge la responsabilité des peines en raison des écarts considérables et scandaleux des sentences qui ôtaient tout crédibilité tant à l'appareil judiciaire qu'à l'ordre juridique islamique ». *Ibid.*

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 56.

pouvaient constituer des peines semblables à celles des *hudud* et si elles pouvaient faire l'objet de peines inconnues en droit musulman tel que les amendes ou l'emprisonnement. Alors que la réponse à la première question fut facile eu égard de la doctrine juridique *chiite* qui prévoit l'application de peines inférieures aux *hudud* dans le cadre du régime des *ta'azirat*. La réponse à la deuxième problématique dû elle aussi provenir d'ajustements. Ainsi, la décision fût prise de diviser les *ta'azirat* en deux catégories distinctes : les *ta'azirat char'i* (religieux) qui reçoivent des sanctions tirés de la charia, et les *ta'azirat hukumati* (étatiques) qui relèvent de l'ordre étatique et peuvent donc recevoir des sanctions posées par lui⁷¹⁹. La création de ces catégories a permis de réduire largement le domaine des *ta'azirat char'i* et de développer des techniques de sanctions nouvelles. Azadeh Niknam relève que presque trente crimes soumis à la flagellation dans la loi de 1982 sont réduits à l'emprisonnement dans le code de 1996, et que par ailleurs le domaine de la sanction de l'amende a pu être graduellement développé⁷²⁰.

Ces ajustements peuvent paraître anodins, au sens que le fondement du droit pénal et son essence demeurent inchangés. La théorie de la sanction reste la même et constitue un pilier du contrôle social en vue d'imposer la raison juridique islamique. Pourtant, il n'en demeure pas moins que c'est la preuve que cette raison peut être sujette à la négociation et qu'elle doit être adaptée à la réalité et au vécu du contexte dans lequel elle s'applique. Mais la négociation ne peut aller en un seul sens. Elle est surtout un processus de pressions mutuelles jusqu'à l'atteinte d'un consensus. Et c'est bien le cas du droit pénal iranien qui devient, malgré sa réputation de rigidité et de non réactivité, un modèle du mouvement juridique. Dans ce sens, nous observons que la raison islamique qui voit son domaine disputé par des considérations pragmatiques réserve toujours un domaine protégé et s'assure plusieurs échappatoires pour résister à l'érosion.

Par exemple, le débat sur la codification des crimes et des peines de *ta'azirat* dans le code pénal islamique n'a pas totalement supprimé la pratique selon laquelle le juge serait capable d'émettre une décision sans se référer à une loi préexistante. En effet, l'article 214 du code des procédures pénales des juridictions générales et révolutionnaires dispose que « le jugement de la cour doit être raisonnable et motivé conformément aux articles des lois sur la base desquelles il a été émis. La cour est tenu de juger tous les problèmes juridiques à partir des lois écrites, et en l'absence de ces dernières, sur la base des sources reconnues de la

⁷¹⁹ Azadeh Niknam, « L'islamisation du droit pénal à l'épreuve des réalités en Iran », *op.cit.*, p. 59.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 60.

jurisprudence islamique (*fiqh*) ou des solutions juridiques religieuses (*fatwa*) »⁷²¹. Cet article, malgré sa contradiction totale avec le trente-sixième principe de la constitution qui dispose que « le jugement de condamnation et son exécution sont de la compétence exclusive du tribunal compétent agissant selon la loi », n'a connu aucune opposition de la part du conseil de surveillance chargé de contrôler la conformité des lois avec la constitution. Ainsi, c'est sur la base de cet article qu'il a été possible de réintégrer le crime d'apostasie et sa punition de la peine de mort dans la construction du droit pénal islamique de l'Iran malgré son absence au niveaux des textes.

D'ailleurs, il ne serait pas hasardeux de dire que le fait de contredire les dispositions constitutionnelles en vue d'entériner des principes du droit pénal islamique traditionnel est une pratique bien installée en Iran. Ainsi, malgré le fait que le dix-neuvième principe de la constitution dispose explicitement que « tous les membres du peuple d'Iran, quel que soit leur tribu ou leur clan, jouissent de droit égaux. La couleur, la race, la langue ou d'autres facteurs semblables ne peuvent pas être la cause d'avantages particuliers », l'article 207 du code pénal islamique dispose spécifiquement que l'assassin d'un musulman doit être exécuté. Cette distinction permet d'éluder la question des membres des autres religions et de rester évasif sur le sujet. Aussi est-il pour le trente-huitième principe de la constitution qui interdit la torture et opte pour une définition très large. Pourtant, l'article 278 du code pénal islamique, relevant d'ailleurs du chapitre des *ta'azirat*, fait seulement référence aux « abus corporels et sévisses » par des officiers de l'Etat. Le domaine de la torture se retrouve donc considérablement limité, certainement parce que des notions comme la torture psychologique sont étrangères au droit pénal islamique traditionnel, mais cela pouvant aussi servir à des causes politiques. En tout état de cause, ces ajustements ayant pour but de préserver une application fidèle au modèle original du droit pénal islamique ont poussé certains à considérer que « la loi des *ta'azirat*, adoptée en 1996, donne des exemples notoires de violations de la constitution par une loi ordinaire [...]. Et il est nécessaire de signaler une fois encore, le rôle efficace du législateur dans le monde, dans la sauvegarde et la protection de la constitution. Le législateur iranien, quant à lui, notamment en ce qui concerne le droit pénal spécial, a quelques fois oublié les principes fondamentaux de la constitution »⁷²².

⁷²¹ Code des procédures pénales des juridictions générales et révolutionnaires d'Iran du 19 septembre 1999.

⁷²² Reza Nourbaha, « Le droit pénal iranien à la lumière des principes directeurs de la constitution de la république islamique d'Iran », *Archives de politiques criminelles*, Vol. 1, N. 23, 2001, p. 163.

Il est donc juste de dire qu'en matière de droit pénal, le législateur iranien est loin d'errer⁷²³, malgré les balbutiements que connaît son système et sa recherche d'équilibre, il n'en reste pas moins que c'est toujours l'application du droit pénal islamique pur qui figure comme une priorité et en somme la préservation de la raison juridique islamique.

2. La république islamique du Pakistan

Le choix du cas de l'application du droit pénal islamique au Pakistan se justifie par plusieurs facteurs. Le premier, évident, est le fait que cette application se proclame comme étant fidèle au droit pénal islamique traditionnel et qu'elle tente de préserver ses catégories et ses procédés, tout en opérant sa greffe sur les structures et institutions juridiques du droit occidental léguées par les pouvoirs coloniaux. Cette hybridation est en soi intéressante. Le second facteur, moins explicite, découle du processus d'islamisation du droit pakistanais au lendemain de l'indépendance, de son contexte historique, politique et social et surtout des dynamiques qui ont placé le droit pénal islamique au centre de cette manœuvre jusqu'à être considéré comme la pierre angulaire de la république islamique. L'implication du droit, spécifiquement pénal, dans la formation du récit et du discours constitutifs de la communauté sociale et étatique, au delà de son aspect technique, est une thèse qui renforce notre position selon laquelle la sanction aurait un rôle pour la préservation de la raison juridique et des équilibres qui en découlent tant pour le système juridique que social.

En effet, depuis la déclaration de l'indépendance du Pakistan en 1947, le débat a été soulevé entre les traditionalistes et leurs contraires sur la place que devrait occuper l'ordre islamique dans la construction de l'Etat-nation. Dans ce sens, il faut noter que l'islamité de l'Etat n'a jamais été mise en doute, *Abu Al-'Alaa Al-Mawdudi* avait même déclaré que « le Pakistan avait été créé avec l'objectif exclusif de devenir une terre d'islam »⁷²⁴. Ces propos ne peuvent qu'être véridiques puisque la résolution des objectifs adoptée le 11 mars 1949 et constituant le préambule des constitutions consécutives de 1956, 1962 et 1973 dispose que « les musulmans doivent être capables d'organiser leurs vies dans les sphères individuelles et collectives conformément aux principes et aux conditions de l'islam tels que prévus par le coran et la sunna ». Ce qui s'impose, c'est donc le choix entre l'adoption symbolique de ce caractère comme signifiant un rattachement historique et identitaire ou sa mise en œuvre effective comme étant l'amorcement de la création d'un Etat idéologique.

⁷²³ Pour rappeler la formule de René-Jean Arnaud concernant la raison juridique.

⁷²⁴ « It has been achieved exclusively with the object of becoming the homeland of Islam ». *Abu Al-'Alaa Al-Mawdudi, The Islamic law and its introduction in Pakistan*, Lahore, Islamic Publications, 1960, p. 10.

C'est seulement en 1979 que commença le processus d'islamisation avec l'avènement au pouvoir du Général Zia ul-Haq qui ne se retenait pas de déclarer que le Pakistan avait été créé pour protéger les intérêts de l'islam. Ce qui nous paraît intéressant dans ce contexte, c'est que le processus d'islamisation a été amorcé par la mise en place d'un dispositif pénal fidèle à la tradition islamique. Bien que ce programme ait aussi eu pour objet une réforme économique et éducative⁷²⁵, c'est la réforme du droit pénal et des juridictions qui fut la plus percutante⁷²⁶. Cette vague a donc été initiée par la promulgation de cinq décrets établissant l'application du droit pénal des *hudud*⁷²⁷. Par ailleurs, des comités charaïques ont été intégrés à chaque haute cour provinciale. En 1980, a suivi l'instauration d'une cour fédérale de la charia qui agit en tant qu'instance d'appel pour tous les litiges concernant les décrets des *hudud*⁷²⁸. Cette cour qui fait maintenant l'objet de l'article 203D de la constitution pakistanaise, est aussi compétente pour contrôler la conformité des lois aux règles islamiques telles que prévues par le coran et la sunna, soit par auto-saisine ou suite à une pétition formulée par un citoyen, le gouvernement fédéral ou un gouvernement provincial. Ce pouvoir accru, on le verra plus tard, permettra à la cour d'intervenir comme une instance législative, dans une interprétation extensive de sa compétence initiale. Il serait juste de dire que le déclenchement de ce processus fut pour des raisons purement politiques.

Un Général, arrivant au pouvoir suite à un coup d'Etat cherchait à vêtir de légitimité son œuvre et a profité d'un débat social et juridique houleux en répondant à la demande populaire de l'islamisation de l'Etat pakistanaise. Pourtant, l'arme de la sanction islamique agit à double tranchant contre le régime qui l'a imposé. Conscient de l'impact du droit pénal islamique en tant que représentatif de l'esprit du musulman et de l'islamité de la société en général et enclin à croire que c'est par la sanction que le contrôle social et politique se fera le plus facilement, Zia ul-haq avait parfaitement raison. Simplement, le versant de cette ascension facile repose dans la dynamique propre de la raison juridique islamique. Il est, en effet, possible de dire que Zia ul-haq avait « complètement sous-estimé la force de la logique

⁷²⁵ Kalim Bahadur, « Pakistan as an islamic state », *Claws Journal*, 2012, p. 7.

⁷²⁶ « The centerpiece of Zia's islamization program was the hudood criminal laws. These laws were designed to graft islamic criminal provisions onto Pakistan's *corpus juris* ». Moeen H. Cheema, « Beyond Beliefs: Deconstructing the dominant narratives of the islamization of Pakistanis law », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. LX, N. 4, 2012, p. 879.

⁷²⁷ Le décret VI de 1979 concernant les crimes contre la propriété, le décret VII de 1979 concernant les crimes de *zina*, Le décret VIII de 1979 concernant le crime de fausses accusations de *zina*, le décret IV de 1979 prohibant la consommation de boissons alcoolisées et le décret IX de 1979 sur l'exécution de la sanction de flagellation.

⁷²⁸ Martin Lau, « Twenty five years of *hudud* ordinances : A review », *Washington and Lee law Review*, Vol.64, N. 2, 2007, pp. 1294-1295. Et Tahir Wasti, *The application of Islamic criminal law in Pakistan: Sharia in practice*, Leiden, Brill, 2009, p. 4.

interne du droit pakistanais qui ne pourrait pas être simplement assujéti à la discipline militaire, son commandement et son contrôle. L'incapacité de Zia à pleinement contrôler les cours et de régner sur la dynamique des transformations résultants de l'incorporation du droit musulman devient rapidement palpable »⁷²⁹.

Cette perte de contrôle se manifeste rapidement dans l'affaire *Hazoor Bakhsh* où la cour fédérale de la charia déclara, à la majorité de ses membres, que la punition de la lapidation pour le *zina* ou la fornication est une pratique non islamique⁷³⁰. L'embarras des militaires qui avaient partout clamé l'islamité du corpus juridique nouvellement introduit pousse le régime à modifier la constitution pour y mentionner que la cour fédérale de la charia pouvait revenir sur ses propres décisions et à présenter une pétition en ce sens à la cour après avoir changé les trois membres de la cour par des sympathisants de la sanction de lapidation⁷³¹. C'est ainsi que la sanction de la lapidation fut préservée mais c'est aussi la preuve qu'un diseur de droit ne peut ignorer les dynamiques propres aux règles qu'il impose afin de ne pas souffrir par les mains de sa propre création.

Cette évolution de la place du droit musulman dans le corpus juridique pakistanais continuait donc de créer des conflits qui convergeait tous vers plus de rigidité de la loi pénale. Cette hybridation a mis face à face deux visions de la société dont l'une devait disparaître par l'effet de la sanction. C'est l'exemple que fournissent les lois sur le blasphème et le danger qu'elles causent pour la citoyenneté et pour le statut des minorités religieuses telles que les *Ahmadis*. Dans ce sens l'élargissement du domaine de la sanction équivaut à l'entérinement de sa symbolique et de l'imposition au niveau social du point de vue qui l'a émis. Cette balance fragile apparaît parfaitement dès l'observation de la pratique juridique relevant de la sanction du *zina*.

a. Les leçons du décret sur le *zina*

Le décret du *zina* a créé deux catégories de crimes interdisant les rapports sexuels hors du cadre du mariage. D'abord le crime du *zina* qui couvre tant l'adultère que la fornication et puis le *zina-bel-jabr* qui se rapporte au viol. C'est deux crimes sont sanctionnés selon le

⁷²⁹ «The military regime completely underestimated the strength of the internal logics of the Pakistani legal system which could not be simply subjected to military-style discipline, command and control. Zia's inability to fully control the courts and reign in the dynamic shifts unleashed by the incorporation of Islamic law became evident all too quickly». Moeen H. Cheema, « Beyond Beliefs: Deconstructing the dominant narratives of the islamization of Pakistanis law », *op.cit.*, p. 880.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ *Ibid.*, p. 881.

régime des *hudud* et des *ta'azir*. Les sanctions des *ta'azirat* peuvent être amenées au regard du juge de la cour fédérale de la charia en appel, alors que les sanctions des *hudud* ne peuvent être exécutés sans l'approbation de ce dernier.

Le crime du *zina* est défini comme le rapport consenti entre un homme et une femme et est puni par le *hadd* en cas de confession ou de l'existence de quatre témoins mâles musulmans. La nature du *hadd* appliqué dépend du statut marital de l'accusé et varie de cent coup de fouet pour les célibataires à la lapidation pour les personnes mariées. Par ailleurs, le *zina* est passible de dix ans de prison dans le cadre des *ta'azirat* si les preuves requises par le *hadd* n'étaient pas réunies alors que crime en lui même était évident. Les mêmes standards de preuve s'appliquent dans le cadre du crime de *zina-bel-jabr* et les sanctions de *ta'azirat* y afférent peuvent atteindre vingt cinq années de prison. Cette construction juridique est problématique à plusieurs égards.

Premièrement, alors que le fait d'exiger quatre témoins pour prouver le *zina* est positif en un sens puisque cela limite les chances d'imposer une sanction des *hudud*, le fait d'appliquer le même système de preuves aux viols les rend impossibles à déterminer. Cette limite, combinée au fait que le viol ou *zina-bel-jabr* est logé à la même enseigne que le *zina* augmente les risques de voir les affaires de viol se transformer en accusations d'adultère ou fornication contre la victime. D'ailleurs, cette observation est vite vérifiable en réalité puisqu'il est fréquent au Pakistan qu'une plaignante pour viol se voit accuser d'adultère sur la base du manque des preuves appuyant ses dires ou de l'absence de preuves de résistance de sa part ou encore suite à des témoignages de sa faible vertu⁷³². Dans une société où les femmes évitent de dénoncer le viol par peur d'être sujettes aux crimes d'honneur, une telle construction juridique achève de les en dissuader. De victimes, elles passent à la barre des accusés, ce qui cause un réel problème au niveau de la conception de la justice pénale, et des droits humains en général.

Cette pratique de conversion de la charge pénale, les comités charaïques au sein des hautes cours provinciales, ont continué à la perpétuer malgré une jurisprudence de la cour fédérale de la charia qui s'est montré beaucoup plus prudente à cet égard, en essayant ainsi de limiter les dérapages causés par la loi sur le *zina*. Dans ce sens, la cour fédérale de la charia a considéré que le fait qu'une femme accusée d'adultère déclare comme défense avoir passé un

⁷³² Moeen H. Cheema, « Beyond Beliefs: Deconstructing the dominant narratives of the islamization of Pakistanis law », *op.cit.*, p. 889.

contrat de *nikah* (contrat de mariage religieux) avec son partenaire, et ce sans l'accord préalable de ses parents ou tuteur, est recevable pour décriminaliser l'acte. Dans ce cas pourtant, l'accord et le consentement des parents tuteurs est une règle indispensable à la validité du mariage que la cour a décidé d'ignorer⁷³³. La cour a usé de la même technique afin de protéger les femmes divorcées ayant contracté de nouveaux mariages. Etant donné que beaucoup d'affaires ont été présentées aux regards de la cour où d'anciens maris accusaient d'adultère la femme, nouvellement mariée, sur la base du fait que le divorce n'a pas été correctement formalisé ; la cour a fini par juger qu'un nouveau mariage malgré un divorce qui ne répond pas conditions du décret sur le statut personnel musulman ne constitue pas un acte de *zina*⁷³⁴.

Il étonnant de voir que, non seulement, la jurisprudence de la cour fédérale de la charia n'est pas respecté par les comités au sein des hautes cours provinciales; mais aussi que cette dernière, malgré ses positions ne puisse pas prendre des décisions plus significatives. Il ne faut pas oublier en effet que la cour fédérale de la charia dispose de la compétence inégalable de pouvoir annuler toutes les lois jugées contraires aux dispositions islamiques. Etant donné que la cour justifiait toutes ses décisions sur la base du droit musulman classique, cette initiative aurait été possible.

Pourtant, il est très difficile de déclencher ce genre de mouvement contre les lois des *hudud* à cause de la construction même de l'Etat du Pakistan. En prenant en considération le contexte de l'introduction de ces lois et le halo de sacralité entourant la création même de l'Etat, une sorte de lien mental s'opère en l'islamité de la société, celle des lois et celle de l'Etat. Les *hudud* deviennent donc représentatifs de l'islam et y toucher équivaut à entreprendre des mesures contre ce dernier⁷³⁵. Ces mesures mettent en cause l'existence même de l'Etat dont la raison d'être et la légitimité proviennent de l'islam. Ainsi, sa capacité à gérer la société et à la contrôler pourrait s'enliser puisque sa fonction initiale est de préserver le mode de vie vertueux cité dans le préambule de la constitution. Il devient donc compréhensible que la cour fédérale de la charia ne puisse pas user de ses prérogatives dans un sens qui puisse paraître contraire à la raison même de sa mise en place. A juste titre, Lau

⁷³³ Moeen H. Cheema, « Beyond Beliefs: Deconstructing the dominant narratives of the islamization of Pakistanis law », *op.cit.*, p. 890.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ « Any decisive reversal of laws introduced under the banner of Islamization would negate the reason for the creation of Pakistan, and would thus undermine the justification for the existence of Pakistan ». Martin Lau, « Twenty five years of hudud ordinances : A review », *op.cit.*, p. 1299.

considère que « le destin des décrets sur le *zina* n'est pas seulement une question de droit des femmes mais est inextricablement lié à des considérations d'identité nationale et de légitimité étatique et ultimement au rôle de l'islam dans le système juridique du Pakistan [...]. Débattre du décret du *zina* équivaut à débattre de l'essence même du système juridique pakistanais»⁷³⁶.

Cette situation tout au moins complexe n'a pas empêché l'entreprise des réformes de 2006 qui ont essentiellement visé le décret du *zina*. En effet, la loi sur la protection des femmes modifiant le code pénal pakistanais est intervenu suite au rapport d'une commission de recherche sur les femmes qui a souligné la contradiction du décret du *zina* avec les principes de la constitution mais surtout avec les conditions du droit pénal islamique. Ce rapport fut appuyé par l'avis consultatif du conseil de l'idéologie islamique⁷³⁷ reconstitué par Musharraf. Ainsi, le dépassement de la loi islamique se fait selon des arguments tirés d'elle même. Cette manœuvre vise à assurer la légitimité des nouveaux amendements du code pénal. Cependant, il semble ironique que le conseil de l'idéologie islamique qui déclara l'adoption des lois des *hudud* en 1979 vu leur caractère islamique, était celui même qui appelait à les répudier des années après parce qu'elle ne le sont pas.

Malgré cet appui, la loi de 2006 n'arrive pas à abroger complètement le décret sur le *zina*. Pour autant, plusieurs modifications y sont amenées dont la plus importante et la plus significative est la suppression du crime de viol du décret du *zina* et sa réintégration dans le code pénal sous la forme de l'article 375. Cette réintégration effectue une évolution substantielle dans la définition du crime de viol dans le droit pakistanais. Par exemple, le viol conjugal y est reconnu, tout rapport avec une personne de moins de seize ans est considéré comme un viol nonobstant son consentement. Le crime du viol échappe ainsi aux règles du droit pénal islamique. Par ailleurs, la loi dispose explicitement l'interdiction de la conversion d'une affaire de viol en une affaire d'adultère ou de fornication ce qui représente un pas considérable vers la protection des femmes. Aussi, le crime du *zina* n'est plus soumis au régime des *ta'azirat* et à son système de preuves, seulement la confession ou la présence de quatre mâles musulmans peuvent sceller le jugement⁷³⁸.

⁷³⁶ «The fate of the Zina Ordinance is not only a question of women's rights, but is inextricably linked to questions of national identity and the state's legitimacy, and ultimately the role of Islam in the legal system of Pakistan [...] debating the Zina Ordinance means debating the very foundations of Pakistan's legal system». Martin Lau, « Twenty five years of hudud ordinances : A review», *op.cit.*, pp. 1299-1300.

⁷³⁷ Organisé par les dispositions de l'article 228 de la constitution pakistanaise de 1973.

⁷³⁸ Martin Lau, « Twenty five years of hudud ordinances : A review», *op.cit.*, p. 1311.

L'exemple du décret sur le *zina* est donc révélateur des contradictions qui peuvent atteindre un système juridique caractérisé par l'hybridation et ses tentatives d'évacuer ces contradictions tout en respectant sa logique maitresse. Les cas des décrets sur le *qissas* et la *diyat* sont tout aussi considérables.

b. Les leçons de l'application des sanctions de *qissas* et de *diyat*

L'effet du droit pénal musulman et sa centralité dans le droit musulman général, les contradictions entre le droit musulman et le système juridique statuaire occidentalisé, la dynamique et l'interaction souvent tendue entre les deux et enfin, le résultat transformatif de ces interactions sont tous des éléments révélés par l'introduction des sanctions du *qissas* et de *diyat* dans le système juridique pakistanais. Si bien que des livres entiers ont été réservés à l'étude de ce sujet précis⁷³⁹.

En effet, il est vrai que « les lois sur le *qissas* et la *diyat* sont de loin le plus étendu des changements substantiels dans le droit pénal pakistanais. Plus importants même que les décrets sur les *hudud* du point de vue de leurs effets pratiques »⁷⁴⁰. En effet, les décrets sur le *qissas* et la *diyat* ont été promulgués en 1990 et se sont ainsi substitués aux dispositions du code pénal sur l'homicide, les coups et les blessures sur les personnes, et ce sous l'impulsion de la cour d'appel charaïque affectée à la cour suprême pakistanaise. Ainsi, c'est à l'occasion de l'affaire *Fédération du Pakistan c./Gul Hassan*⁷⁴¹ que la cour fédérale de la charia déclara que les règles du code pénal s'appliquant à l'homicide, aux coups et aux blessures étaient contraire aux dispositions du droit pénal islamique. Par la suite, la cour avait agit de sorte à déclarer tout le chapitre afférant à ces crimes nul et non avenu et a développé tout un corps de règles à appliquer dans ces cas. Elle a ensuite déclaré qu'en cas de refus du gouvernement de ces modifications avancées par la cour, le droit commun musulman sera appliqué. Ceci revient en effet à appliquer les règles du *qissas* et de la *diyat*⁷⁴². En usant de ce droit garanti par la constitution, la cour fédérale de la charia a déclenché un processus unique de contrôle du législatif par le pouvoir judiciaire puisque le décret passé en ce sens a été rédigé sous les auspices de ce dernier et approuvé par lui.

⁷³⁹ Voir Tahir Wasti, *The application of Islamic criminal law in Pakistan: Sharia in practice*, op.cit.

⁷⁴⁰ «The introduction of the problematic *Qisas & Diyat* laws was by far the most far-reaching substantive change in Pakistan's criminal law, much more significant than the Hudood Ordinances in terms of the practical import». Moeen H. Cheema, « Beyond Beliefs: Deconstructing the dominant narratives of the islamization of Pakistanis law », op.cit., p. 893.

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² *Ibid.*

Les deux crimes d'homicide et des blessures ont été considérés comme étant pardonnable par la victime ou ses héritiers en contrepartie d'une compensation monétaire. Ceci n'a pas manqué de soulever des polémiques. En effet, la première question qui s'est posé à cet égard est relative au pouvoir du juge. Est-il capable d'infliger une peine supplémentaire en cas de pardon s'il considère que la gravité du crime le nécessite ? La réponse est négative puisqu'au regard du droit pénal musulman, le juge ne peut plus exercer son droit d'appliquer une peine discrétionnaire dès lors que le processus de conciliation est déclenché. Le rôle du juge pakistanais dans son cas est limité au contrôle de cette procédure. La question se pose donc si, dans le cas du meurtre par exemple, l'affaire est privée et se limite à la compensation familiale ou plutôt d'ordre public, auquel cas l'Etat aurait le droit d'assortir le dépassement de la loi par une sanction ? Nous sommes au cœur de la question de la justice restaurative qui, ironiquement, semble totalement aller à l'encontre de la logique du talion qui donne lieu au *qissas*. En effet, la possibilité du pardon aurait pu être appropriée si seulement ce système garantissait au juge une marge d'implication plus importante dans le processus. Mais le problème fut dans ce cas que l'application littérale du système du *qissas* n'a pas permis de telles interprétations.

Par ailleurs, la procédure de conciliation et de compensation monétaire dans la sanction du *qissas* est devenue problématique en ce qui concerne les crimes d'honneur. En effet, le lien avec le crime du *zina* donne une idée sur le mouvement d'influence entre société et droit. Il faut savoir que les crimes d'honneur au Pakistan sont de l'ordre d'une pratique socialement acceptée et découlent généralement d'accusations de *zina*. Ainsi, malgré la réforme de 2006 qui tente d'alléger le poids des mesures discriminatoires à l'encontre des femmes dès le déclenchement d'une procédure appliquant le décret du *zina*, rien n'a été fait concernant les cas qui n'atteignent pas le champ légal. Ce cas des crimes d'honneur interfamiliaux permet donc aux parents de la victime de commettre un acte d'homicide à son encontre tout en étant certain d'être pardonné par ses héritiers qui sont, souvent, partenaires du crime. C'est ce qui explique la position selon laquelle, « combiné avec le décret du *zina*, la loi du *qissas* et de la *diyat* a renforcé la notion du contrôle des mâles sur les femmes et la subordination de leur statut à la famille »⁷⁴³.

⁷⁴³ « Combined with the Zina Ordinance, the Law of Qisas and Diyat has reinforced the very notion of male control over women and subordinate the status of women in the family ». Stéphanie Palo, « A charade of change: Qisas and Diyat ordinance allows honor killings to go unpunished in Pakistan », *University of California/Davis Law Review*, Vol. 15, N. 1, p. 100.

L'importance des lois du *qissas* s'avère donc capitale puisqu'elle démontre que les lois pénales ont permis d'installer un nouveau type de pratiques et de les revêtir de la légitimité islamique. Les crimes d'honneur, par exemple sont légitimés par des considérations sociales mais aussi religieuses ou peut être que les dernières servent aussi à justifier les premières.

Au niveau de l'Etat, les cas comme celui du Pakistan peuvent être considérés comme des cas types de l'impact de la raison juridique islamique. De son maintien et de sa défense, dépendent aussi la pérennité et l'existence même de l'Etat. La mise en place de la sanction est dans un premier temps un moyen de contrôle et d'imposition d'une certaine légitimité de l'action du dire-droit. Dans un deuxième moment, les mécanismes développés au sein des systèmes juridiques aussi complexes que ces systèmes hybrides fait que la sanction contrôle à un certain degré celui qui l'a mise en place afin de préserver le système des interférences. Le fait que l'Etat recourt au renforcement des règles pénales islamiques afin de résister au droit international, devient des fois une obligation incombant au gouvernant afin qu'il puisse maintenir son propre statut.

PARAGRAPHE 2 : Le droit pénal islamique et la résistance au droit international

« Le respect de la loi du milieu est bien fondé largement sur l'idée de la force »⁷⁴⁴. Cela explique largement l'importance que revêt le droit pénal islamique dans la préservation d'une raison juridique instable et qui évolue dans un contexte global de mouvement insatiable, vers une destinée toujours inconnue.

Dès lors, la centralité du concept de la force, qui est pourtant considéré comme une solution d'appoint, est révélatrice des contradictions inhérentes au système juridique. Cette centralité démontre, d'abord, l'incapacité de l'idéologie régnante sur ce dernier d'apporter constamment des justifications quant à la forme qu'il prend. Aussi, trahit-elle l'échec du système à fournir une logique qui motiverait l'existence des institutions et des normes qu'elles produisent. Plus encore, elle traduit son incapacité de faire valoir que ces institutions et normes s'imbriquent toutes parfaitement afin de réaliser une construction complète, homogène et téléologique.

Face à ces imperfections de l'intérieur du système et de la difficulté de les maîtriser, et donc de maîtriser son champ d'action ; ce n'est pas tant la sanction qui devient importante

⁷⁴⁴ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique-T1*, op.cit., p. 312.

mais le message qu'elle délivre et son rôle dans la concrétisation des idéologies de l'obligation et du légitime. Le renforcement de son rôle n'est donc pas une fin en soi mais plutôt une tentative de garder l'impression de la durabilité et de l'efficacité de tous les éléments cités.

Les exemples étudiés au cours du paragraphe précédent démontrent parfaitement l'interaction de ces facteurs et leurs rôle dans la détermination des choix aux niveaux juridique et idéologique. Par ailleurs, ils prouvent que malgré les tentatives de pallier aux contradictions structurelles et matérielles par le biais d'artifices juridiques ; la reconnaissance de la problématique organique et intellectuelle représente une limite à ne pas franchir. Il s'agit même de réprimer, non pas la prolifération des échecs à ce niveau, mais plutôt celle des avis dissidents provenant de l'intérieur (B) et les tests de viabilité que représente l'interaction, forcée⁷⁴⁵, avec l'extérieur (A).

A. Le rejet des normes internationales incompatibles avec le droit pénal islamique

La théorie du droit pénal islamique est clairement en conflit avec les standards internationaux en la matière. Evidemment, il serait vain de vouloir étudier une telle construction juridique à partir du prisme de la théorie moderne des droits de l'homme. Il serait plus fructueux, en effet, de reconnaître les caractéristiques de chacun et d'observer leurs réactions afin de saisir les constantes de leurs interactions, seul moyen de les faire évoluer. S'agissant du concept de la sanction, de sa place dans la raison juridique islamique et de son rôle accru, la réaction au contact du droit international se caractérise par une allergie poussant le système à évacuer les éléments menaçants et à les rejeter à l'extérieur de son champ d'action. En somme, la préservation de la raison juridique passe par la préservation de la sanction et de l'idéologie qu'elle incarne, et vice-vers-ça.

De premier abord, le premier aspect fortement problématique est le fait que le droit pénal islamique prévoit des châtiments corporels pour certaines offenses ; et que ces châtiments, au delà de leur usage juridique, revêtent le statut d'obligations religieuses cardinales. La reconnaissance du caractère cruel, inhumain et dégradant de ces pratiques reviendrait donc à associer une pratique religieuse et divinement révélée à ces adjectifs, ce qui reste une tâche délicate et sensible si ce n'est impossible parce que les effets ne sont pas

⁷⁴⁵ Voir Balakrishnan Rajagopal, *International law from below: Development, social movements and third world resistance*, New York, Cambridge University Press, 2003.

simplement d'ordre juridique mais mettent en cause des éléments constitutifs de la foi. Alors qu'il a été possible pour plusieurs Etats se basant sur le référent islamique dans la définition de leur idéologie de dépasser ce malaise et cet embarras en définissant un degré d'application « acceptable » du droit pénal islamique dans leurs corpus juridiques et se débarrassant de certains aspects controversés dans la foulée de la création des nouveaux Etats . Cette manœuvre semble impossible à réaliser dans les Etats clamant l'application d'un l'islam authentique et la foi dans sa force salvatrice des peuples et dans le caractère juste de toutes de ses dispositions. Dès lors le rejet des normes du droit international ne vise pas tant à dénigrer ces derniers, qu'à maintenir une certaine cohérence interne indispensable à la continuité du fonctionnement selon le modèle adopté.

L'antagonisme est, dans ce cas, à son comble puisque l'interdiction de la torture et des pratiques cruelles, inhumaines et dégradantes est confirmée dans plusieurs instruments à vocation universelle ou régionale. Commenant par les instrument généraux de la protection des droits de l'homme, c'est l'article 5 de la DUDH et l'article 7 du PIDCP qui énoncent une interdiction catégorique. Par ailleurs, on peut citer la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁷⁴⁶ et la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁷⁴⁷ qui traitent spécifiquement de cette question. Au delà des textes, cette interdiction semble faire partie des règles du droit international coutumier⁷⁴⁸ et plus généralement des règles de *jus cogens* imposant des obligations *erga omnes*⁷⁴⁹. Les Etats islamiques ne peuvent donc pas se prévaloir de leur spécificité culturelle en ce domaine puisque leur simple présence dans l'espace de la société internationale leur impose de se conformer aux standards.

Face à cette pression supplémentaire, le choix a été de rester évasif en infirmant la concordance entre les pratiques du droit pénal islamique et la torture⁷⁵⁰. La réponse des

⁷⁴⁶ A.G. 3452 (XXX) du 9 décembre 1975, *La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

⁷⁴⁷ Adoptée par la Résolution de l'assemblée générale des Nations Unies 39/46 du 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987.

⁷⁴⁸ Nigel Rodeley, *The treatment of prisoners under international law*, New York, Oxford University Press, 3ème éd., 2009, pp. 69 et suiv.

⁷⁴⁹ « la conséquence la plus manifeste [de la qualification de *jus cogens*] est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative ». *Affaire IT-95-17/1 : Le Procureur c. Furundzija*, Jugement, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 10 décembre 1998.

⁷⁵⁰ « En ce qui concerne l'article premier de la Convention, qui porte sur la définition de la torture, il convient de noter que les actes interdits constitutifs de la torture décrits dans cet article sont qualifiés d'infractions pénales

organes de contrôle et de surveillance de l'application des conventions fut, à chaque fois, de pointer cette attitude du doigt et de révéler ses multiples contradictions afin de pousser ces Etats à déterminer leurs positions quant au droit international et ses principes, et quant à la place qu'ils seraient prêts à lui accorder dans leurs ordres internes⁷⁵¹. Ainsi, dans ses observations après l'examen du rapport initial de l'Arabie Saoudite, le comité contre la torture a fini par exprimer ses préoccupations en « notant que, d'après l'état partie, la charia interdit expressément la torture et les autres traitements cruels et inhumains, [...] la condamnation à des peines corporelles par les autorités judiciaires et administratives et l'application de ces peines, y compris en particulier la flagellation et l'amputation, ne sont pas compatibles avec la Convention »⁷⁵² et recommande de « reconsidérer l'imposition de châtiments corporels, peines qui sont contraires à la Convention »⁷⁵³. Cette position dénonce une interprétation de l'article premier de la convention contre la torture qui le vide tout son sens. En effet, l'article dispose dans son paragraphe premier que « aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions

dans la charia et dans les textes législatifs adoptés en vertu de celle-ci ». CAT/C/42/Add.2 du 27 février 2001, *Rapport initial du Royaume d'Arabie saoudite sur l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Additif)*, Commission contre la Torture.

⁷⁵¹ « La délégation a déclaré que les principes de la charia ne pouvaient être mis en cause: pourtant, les définitions et principes énoncés dans la Convention s'imposent à l'Etat partie. En outre, les Etats, de même que tous les organes des Nations Unies, sont liés par les principes du droit international, parmi lesquels les règles coutumières. Et en vertu du droit international coutumier, la torture est considérée comme un crime. En ce qui concerne l'application de l'article premier de la Convention, il ressort du rapport que les actes interdits, constitutifs de la torture, sont qualifiés d'infractions pénales dans la charia et dans les textes législatifs adoptés en vertu de celle-ci. Cependant, parallèlement, la charia impose l'application de certaines peines pour réprimer certains crimes. Et il est clair que des peines telles que la flagellation, l'amputation d'un membre ou l'exécution par la lapidation ne sont pas acceptables au regard de la Convention, tout comme elles sont inacceptables au regard du droit international. Le Président serait reconnaissant à la délégation de donner des précisions sur la manière dont la définition de la torture est interprétée et traduite en droit interne ». CAT/C/SR.516 du 14 octobre 2002, *Compte Rendu Analytique De La Première Partie De La 516e Séance*, Comité contre la Torture.

⁷⁵² CAT/C/CR/28/5 du 12 Juin 2002, *Conclusions et recommandations du comité contre la torture (Arabie Saoudite)*, Commission contre la Torture.

⁷⁵³ *Ibid.*

légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ». Partant de cela, un Etat comme l'Arabie Saoudite se fonde, en plus de l'aspect religieux de son corpus normatif pénal, sur le fait que les châtiments corporels répondent à la qualification de douleurs résultant de sanctions légitimes ou inhérentes à elles. Cette interprétation impliquerait que tous les actes légitimes sur le plan du droit interne seraient acceptés par le droit international, et ce quelles que soient leurs intentions ou formes. Non seulement, cela permettrait d'engager des pratiques qui vont à l'encontre de l'esprit du droit international mais laisserait entendre que la convention s'annule elle-même, ce qui semble absurde. Ainsi, « une telle interprétation ne semble pas admissible dans le cadre du droit international. Le qualificatif légitime implique une référence à la légitimité dans le cadre du droit international et non pas du droit interne »⁷⁵⁴. Ce point a fini par affaiblir tous les arguments de l'Arabie Saoudite dont l'adhésion sans réserves à la convention contre la torture était justifiée par la ferme motivation de ne pas opposer explicitement les dispositions de l'islam à un traité dont le but est d'éradiquer toutes formes de torture et de traitements cruels et inhumains. Cela a mené à une situation des plus absurdes où un Etat affirme que son idéologie respecte les droits humains tout en refusant de discuter l'abolition des peines comme l'amputation et la lapidation au nom de cette même idéologie. Cette situation explique que concrètement, l'Arabie Saoudite continue de rejeter les recommandations visant les châtiments corporels, tout comme le Soudan d'ailleurs⁷⁵⁵. L'Iran et le Pakistan se sont tout simplement abstenus d'adhérer à la convention en considérant que ses termes, s'opposant explicitement aux sanctions islamiques, ne peuvent être acceptés par un Etat qui se réclame de la religion de l'Islam⁷⁵⁶.

Par ailleurs, d'autres institutions ont clairement indiqué que les sanctions pénales administrant des châtiments corporels sont strictement interdites au sens du droit international. C'est le cas du comité des droits de l'homme qui a affirmé à plusieurs reprises que l'article 7 du PIDCP intègre les châtiments corporels dans sa définition de la torture en déclarant que « de l'avis du comité, l'interdiction doit s'étendre aux peines corporelles, y compris les

⁷⁵⁴ Vida Amirmokri, *L'islam et les droits de l'homme : L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, op.cit., pp. 122-123.

⁷⁵⁵ Le Soudan a signé la convention contre la torture à la date du 4 juin 1986. L'Arabie Saoudite, pour sa part, y a adhéré à la date du 23 septembre 1997.

⁷⁵⁶ Par exemple, le 22 juillet 2003, un projet de loi qui a été adopté par le *majlis* iranien dans le sens de l'adhésion à la convention contre la torture, a été annulé par le conseil gardien de la loi fondamentale qui a justifié sa décision par la non conformité de cette dernière avec la charia. Voir Ali Hossein Nadjafi, « La réception des instruments internationaux en droit pénal iranien : Une réception tumultueuse », *Archives de politique criminelle*, Vol. 1, N. 25, 2003, pp. 187-189.

châtiments excessifs infligés à titre de sanction pénales »⁷⁵⁷ ou encore que « L'amputation et la flagellation sont des peines interdites conformément aux normes internationales car elles sont assimilées à la torture »⁷⁵⁸. Dans ce contexte, la dichotomie avec le droit international atteint son paroxysme quand, à l'occasion de l'un de ses rapports récents, le comité des droits de l'homme « note avec préoccupation que le système juridique de l'État partie (l'Iran) fait référence à certains préceptes religieux en tant que normes primaires »⁷⁵⁹ et qu'il exhorte l'Etat partie (l'Iran) à « faire en sorte que toutes les obligations énoncées dans le Pacte soient entièrement respectées et que les dispositions des normes internes ne soient pas invoquées pour justifier la non-exécution des obligations qui lui incombent en vertu du Pacte »⁷⁶⁰. Non seulement, le comité met en cause ouvertement le statut des normes religieuses au sein de l'Etat et considère ce statut comme étant problématique, mais il leur dénie aussi tout caractère juridique. Il ne sont dans le sens du comité que des normes religieuses incapables de réguler le vécu juridique. Par ailleurs, le comité expose son avis par rapport aux relativisme et aux considérations du droit interne en affirmant que les obligations contractées au niveau du droit international doivent primer. Face à face, on trouve donc deux logiques totalement contradictoires et qui sont dans une posture d'incompréhension mutuelle. Mais il est intéressant de voir comment l'Etat qui est entre le marteau de ses obligations internationales et l'enclume de sa cohérence interne agit par le déni des premières. C'est toujours la préservation de la raison juridique qui motive les décisions. Car abolir les peines islamiques au nom des obligations internationales viendrait à reconnaître qu'elles sont assimilées à la torture, et une telle reconnaissance mettrait en cause tout le récit sur la justice et le bien fondé, car révélé, de ces pratiques. Au delà même du droit pénal, une telle reconnaissance ôterait toute raison d'exister aux systèmes juridiques islamiques puisqu'elle amorcerait le mouvement risqué et hautement subversif de leur critique de fond. C'est ce qui explique la persistance d'un Etat comme l'Iran à ignorer et à rejeter en bloc toutes les recommandations visant à modifier substantiellement son système pénal de manière à ce que tous les rapports à

⁷⁵⁷ HRI/GEN/1/Rev.1 (1994) du 10 mars 1992, *Observation Générale N. 20 : Article 7*, Comité des droits de l'homme.

⁷⁵⁸ E/CN.4/1993/41 du 28 janvier 1993, *Rapport final sur la situation des droits de l'homme dans la République islamique d'Iran*, Commission des droits de l'homme.

⁷⁵⁹ A/67/40 (Vol. I) de 2012, *Rapport du comité des droits de l'homme*, Comité des droits de l'homme.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

son sujet soient répétitifs et quasiment sans effet⁷⁶¹. En opposant les droits l'homme aux droits de dieu, à ses limites (*hudud*), l'issue est connue d'avance.

D'un autre côté, il est possible de considérer que le principe de la légalité et des peines (*nulla pœna sine lege*), principe cardinal du droit pénal moderne, est mis à rude épreuve par l'application du droit pénal islamique. En effet, l'article 15 du PIDCP dispose que « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ».

Cette règle est violée par plusieurs Etats appliquant le droit pénal islamique qui ne connaît pas cette règle. Autant les peines des *hudud* et du *qisas* sont connues à l'avance, celles des *ta'azirat* laissent la plus grande partie des sanctions à la discrétion du juge qui décide selon une balance des intérêts de la religion, de l'Etat et de la société. C'est le cas en Arabie Saoudite où la plus grande partie des lois n'est pas codifiée et reste dépendante de l'arbitraire du juge et du Roi (*siyassa*). En Iran aussi, la capacité conférée au juge de sanctionner les actes selon les normes de la charia même si elles ne sont pas mentionnées par le code pénal donne lieu à des dépassements visant à restreindre un vaste éventail de droits. Ainsi, c'est cette capacité qui a permis au juge iranien de sanctionner le crime d'apostasie même si ce dernier n'est pas déterminé par le droit pénal codifié. Cette possibilité de dépasser les limites du droit posé permet de violer des droits tel que celui de la liberté de conscience

⁷⁶¹ il est à noter que tous les rapports concernant la situation des droits de l'homme en Iran contiennent la même recommandation visant à abolir les pratiques s'assimilant à la torture et atteignant l'intégrité physique de ses citoyens. Par exemple dans la Résolution 65/226 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies lors de sa 65ème Session, on peut lire que l'Assemblée « Se déclare profondément préoccupée par les violations graves et répétées des droits de l'homme en République islamique d'Iran, prenant notamment les formes suivantes : a) Le recours à la torture et à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, y compris la flagellation et l'amputation ; b) Le nombre toujours élevé et en augmentation rapide d'exécutions pratiquées sans égard pour les garanties reconnues au niveau international, y compris les exécutions publiques, et ce, en dépit d'une circulaire de l'ancien chef de la magistrature interdisant cette pratique ; c) L'imposition et l'exécution de la peine capitale qui continuent de viser des personnes qui étaient âgées de moins de 18 ans au moment des faits, en violation des obligations incombant à la République islamique d'Iran au titre de la Convention relative aux droits de l'enfant 4 et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques² ; d) L'imposition de la peine capitale pour des crimes sans définition précise ni claire, comme celui de *moharabeh* (hostilité envers Dieu), ou qui ne peuvent être qualifiés de crimes les plus graves, en violation du droit international ; e) La lapidation et la strangulation par pendaison comme méthodes d'exécution, et le fait que des personnes emprisonnées continuent de risquer d'être condamnées à être lapidées, en dépit d'une circulaire de l'ancien chef de la magistrature interdisant cette pratique ». A/RES/65/226 du 21 décembre 2010, *Situation des droits de l'homme en République islamique d'Iran*, Assemblée Générale de l'ONU.

dans l'intérêt de maintenir la cohésion idéologique interne au détriment des obligations internationales.

De plus, le dispositif du droit pénal islamique présente plusieurs lacunes du point de principe de l'égalité entre les individus. Ce droit, consacré par les articles 14⁷⁶² et 26⁷⁶³ du PIDCP, est constamment violé par les Etats islamiques ayant adhéré au pacte et qui appliquent plusieurs standards discriminant entre les individus devant la justice pénale. Cette discrimination est, par exemple, palpable par rapport aux non musulmans dont le témoignage n'est pas recevable à l'encontre de musulmans. Cependant, c'est à l'égard des femmes que cette discrimination est la plus notable. Qu'elles soient musulmanes ou pas, le témoignage de deux femmes vaut celui d'un homme et n'est absolument pas recevable quand il s'agit d'affaire relevant des crimes du *hadd* et du *qissas*. Par ailleurs, le prix du sang d'une femme est la moitié de celui d'un homme. Cette disposition est dûment codifiée dans l'article 301 du droit pénal iranien. Par ailleurs, l'article 258 de ce même code dispose que si un homme tue une femme, les héritiers de cette dernière peuvent demander la rétribution (peine de mort) si ils payent aux héritiers de l'accusé la moitié de son prix du sang.

Ces atteintes au droit à l'égalité s'étendent pour se concrétiser en tant que discriminations formalisées à l'égard des femmes. En se rappelant comment les lois du *zina*, du *qissas* et *diyat* se sont transformés en lois concrétisant un statut inférieur et dépendant des femmes au Pakistan. Il est aisé de dire que ce dernier, qui a adhéré en 1996 à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes⁷⁶⁴, viole constamment ses articles 5⁷⁶⁵, 15⁷⁶⁶ et 16⁷⁶⁷.

Ces lois, qui dans le contexte du Pakistan et ailleurs, continuent d'être les catalyseurs de pratiques sociales réduisant la femme à la notion de l'honneur familial, sont en totale

⁷⁶² « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice ».

⁷⁶³ « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

⁷⁶⁴ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 34/180, U.N. Doc. A/34/46, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

⁷⁶⁵ « Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour: a) Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».

⁷⁶⁶ « 1. Les Etats parties reconnaissent à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi ».

⁷⁶⁷ « Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux ».

contradiction avec les obligations qu'ils ont contracté au niveau international. Pourtant, au niveau du Pakistan, il a été noté que les réformes amorcées n'ont jamais transformé substantiellement les lois mais se limitent à offrir quelques garanties procédurales. Ainsi, plus qu'une menace pour la raison juridique religieuse, c'est aussi la stabilité du corps social et ses références que le droit international menace par ses interférences. Le rôle du droit pénal dans cette résistance semble évident puisqu'il profite de sa source religieuse pour justement la protéger, mais qu'il participe aussi à faire perdurer des pratiques sociales qui sont conformes aux attentes de la majorité. Les standards du droit international, pour leur part, ne sont pas non plus de simples modifications juridiques mais visent à réaliser des transformations majeures et à unifier la pratiques de cette société qui est la sienne. Voici donc une vocation de contrôle social à deux niveaux et qui semble dans le conflit le plus avéré puisque la solution la plus évidente est la préservation de la sanction qui de par ses ramifications et sa symbolique est apte à préserver la raison juridique entière.

Enfin, une dernière forme du rejet du droit international se concrétise dans la détermination de l'âge minimum pour la responsabilité criminelle. En déterminant l'âge de la majorité pénale à 18 ans pour les enfants mâles et à seize ans pour les filles pour le Pakistan⁷⁶⁸ et à 15 ans pour les enfants mâles et 9 ans pour les filles en ce qui concerne l'exemple iranien⁷⁶⁹, ces Etats violent l'article 37 de la convention relative aux droits des enfants⁷⁷⁰ qui dispose que « Les Etats parties veillent à ce que : a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans ». Pourtant, en déterminant l'âge de la responsabilité pénale en suivant celui de la puberté islamique, en application des règles du droit pénal islamique, ces Etats rejettent les standards de protection d'une frange sociale fragile afin de protéger une vision sociale qui se présente comme un tout. Par ailleurs, mêmes les réformes et les évolutions en ce sens restent minimales⁷⁷¹.

Ainsi, la réaction du rejet des standards du droit international dès lors qu'ils mettent en cause la construction du droit pénal islamique est évident tout d'abord dans la pratique des

⁷⁶⁸ Article 29 du code pénal Pakistanais.

⁷⁶⁹ Article 49 du code pénal Iranien.

⁷⁷⁰ Convention relative aux droits des enfants, Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 44/25 du 20 novembre 1989.

⁷⁷¹ Ali Hossein Nadjafi, « L'évolution du droit pénal iranien des mineurs à la lumière du nouveau code pénal d'avril 2013 », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges Politiques Criminelles*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 751- 762.

Etats qui, soit ignorent complètement les traités relevant de cette matière, ou y adhèrent tout en tenant un discours apologétique au niveau international qui couvrirait un mutisme absolu dans la mise en œuvre de ces règles au niveau interne. Mais la pression ne provenant pas seulement de l'extérieur, la préservation de la raison juridique islamique par le biais de la contrainte sanction se doit aussi de contrer les voix causant des tumultes à l'intérieur de son propre champ de validité juridique.

B. La neutralisation du rôle des réformes : l'influence limitée du modernisme islamique

En concluant son œuvre considérable sur l'histoire sur le droit musulman, Noël Coulson dresse un bilan plus que véridique sur l'évolution de ce dernier et du degré de sa résistance aux interactions avec les systèmes juridiques qui lui sont étrangers. A ce titre, il considère que la nature substantielle des réformes que le droit musulman a connu au cours du temps lui donnent un air d'instabilité et de transition⁷⁷². Ces réformes, combinées avec l'impact du droit occidental⁷⁷³, ont causé une brèche irréparable dans la forteresse du droit traditionnel tout en donnant lieu à une structure complexe qui ne bénéficie pas des mêmes fondements légitimes et qui paraît volatile en comparaison avec l'ancien droit⁷⁷⁴. A cet effet, il est possible de confirmer que le droit motivé par une raison juridique islamique est toujours en stade de négociation de ses références et qu'il existe un va et vient entre les vagues réformatrices et l'esprit conservateur primaire. Cette négociation est due essentiellement au besoin de « définir la relation entre les standards imposés par la foi religieuse et les forces mondaines qui activent la société », problème apparemment insurmontable des systèmes juridiques islamiques⁷⁷⁵.

A partir de ces observations importantes soulevées par Coulson au bout d'une étude privilégiant l'approche historique afin de démontrer la dialectique entre les forces en place dans les systèmes juridiques au référent islamique, nous pouvons distinguer l'aspect

⁷⁷² « the nature of the substantive reforms themselves lends a general air of transience and instability to current Islamic law ». Noël James Coulson, *A history of islamic law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1978, p. 222.

⁷⁷³ « Today traditional Shari'a law has crumbled under the impact of Western civilisation ». *Ibid.*

⁷⁷⁴ « The fortress of the traditional law has been breached beyond repair, but the complex structure that has taken its place does not as yet rest upon the same solid foundations and its substance is almost volatile by comparison ». *Ibid.*

⁷⁷⁵ « Fundamentally, and in its simplest terms, the problem facing Muslim jurisprudence today is the same problem which it has always faced and which is inherent in its very nature-namely, the need to define the relationship between the standards imposed by the religious faith and the mundane forces which activate society ». *Ibid.*, p. 223.

problématique du statut des réformes tant aux niveaux intellectuels et conceptuels qu'au niveau juridique et concret. Dans l'ignorance et le déni total du contexte historique et politique qui ont enclenché les modifications substantielles aux niveau des structures juridiques traditionnelles, c'est les réformes qui sont accusés d'avoir altéré l'authenticité du système islamique, et ce plus même que l'impact du contact avec le système occidental. Elle représentent en effet, l'action prise à l'intérieur du système contre lui-même, une trahison. Arkoun clarifie ce statut simplement en affirmant que dans un contexte de clôture dogmatique, la réforme se fait subversion et se doit de décroquer le corpus officiel clos⁷⁷⁶. C'est ainsi que la pensée réformatrice dérange, « elle prend en charge les sujets les plus occultés ou arbitrairement sacrés, les traditions les plus protégées par les tabous religieux et/ ou politiques en s'appuyant sur la mobilisation d'équipes de chercheurs, de penseurs, d'écrivains, d'artistes, d'enseignants, de médiateurs intellectuels et culturels, d'acteurs politiques et religieux capables de servir sans concession tous les programmes d'intervention cognitive de la raison émergente »⁷⁷⁷.

Dans la perspective de la préservation de la raison juridique, il convient donc de pousser la pensée moderniste islamique à la périphérie du système pour limiter le plus possible son impact servant à élargir la brèche ouverte au centre d'une structure déjà très instable. En effet, la pensée moderniste islamique est étroitement liée à l'idéal des droits de l'homme, à sa propagation et la facilitation de sa réception par un système où « l'*homo islamicus* est substantiellement, essentiellement, mentalement programmé pour la répétition indéfinie des *habitus* incorporés en chaque fidèle soumis quotidiennement à la discipline des rites, des cultes et des croyances »⁷⁷⁸. Cette situation représente autant de difficultés sur la voie de l'introduction de la réflexion moderniste que de raisons qui poussent le système à la neutraliser.

Etant donné ce qui précède, il convient de présenter les contours de la théorie moderniste islamique, afin de réaliser d'une manière plus précise les raisons qui justifient son impact limité sur la raison juridique islamique en général (1). Par ailleurs, il paraît nécessaire d'observer comment cette théorie s'applique à la question des châtiments corporels pour déterminer son rôle dans la résolution des conflits entre le droit international et le droit islamique en ce domaine (2).

⁷⁷⁶ Mohammed Arkoun, *Humanisme et Islam*, op.cit., p. 104.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 115.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 104.

1. Les contours de la théorie moderniste islamique

La théorie moderniste islamique agissant dans la perspective des droits de l'homme a essentiellement pour finalité le rapprochement axiologique des deux structures de pensée. Plus spécifiquement, cette pensée recherche à entériner la légitimité du discours juridique et axiologique des droits de l'homme au sein de la pensée islamique. Cette démarche apparaît, en effet, comme le point de vue commun de toutes les théories modernistes dont le souci initial est d'exporter une idéologie étrangère tout en lui assurant les arguments de légitimité intellectuelle. Cependant, cette aspiration partagée n'a pas empêché l'existence de nuances au niveau des méthodes visant à atteindre cette finalité.

On peut généralement constater qu'il existe deux axes méthodologiques sur lesquels se concentre la construction des idées formant la pensée moderniste. Le premier axe consiste à réformer à partir de la tradition juridique, en faisant évoluer les concepts mais tout en prenant en considération les spécificités culturelles. Cette méthode garantirait aux nouvelles idées une assise de légitimation. Le deuxième, par contre, consiste à dire qu'il faut écarter toutes les propositions non conformes avec les postulats de la modernité. Nous allons nous attarder sur l'étude des deux courants afin de pouvoir évaluer l'importance de leur impact.

a. La réforme par la transformation interne

Réformer en évoluant intellectuellement dans les limites du pensable traditionnel et conservateur est certainement l'approche la plus commune et trouve ses origines dans la naissance du grand élan réformateur au début du vingtième siècle. L'idée derrière cette approche est d'assurer « le changement dans la continuité »⁷⁷⁹ et de garantir la sympathie du public des croyants. Bien évidemment, il semble vain de développer des idées sur le changement sans qu'elles ne puissent être concrétisées à cause de leur caractère trop percutant. Cette approche a donc un sens pragmatique. N'étant pas la plus audacieuse, cette dernière se targue d'être la plus efficace.

Parmi les intellectuels qui s'inscrivent dans cette ligne de pensée, est l'auteur soudanais Abudallahi Ahmed An'naim qui défend l'idée selon laquelle l'adoption de l'esprit des droits de l'homme et le respect du droit international sont nécessaires pour le salut des

⁷⁷⁹ Fazlur Rahman, « Islamic modernism : its scope, method and alternatives », *International journal of middle eastern studies*, vol.1, 1970, p. 324.

sociétés musulmanes contemporaines⁷⁸⁰ tout en insistant sur l'importance de trouver une méthode adéquate à cette adaptation⁷⁸¹. Pour lui, le simple fait d'importer les règles et principes du droit international sans les justifier préalablement du point de vue islamique aurait un effet contraire à celui qu'on demande⁷⁸².

Le souci de cette méthode est donc premièrement d'ordre pratique vu les difficultés d'imprégner l'ordre islamique clos d'un nouveau système de valeurs. An'naim relève qu'en général, le changement peut être perçu comme une chose salubre pour la société, mais qu'il ne faut pas oublier l'impact de la résistance des « gardiens de l'ordre établi »⁷⁸³. C'est conscient de cette dynamique de changement social, qu'An'naim propose le concept d'une universalité interculturelle des droits de l'homme. Une sorte de relativisme qui agirait pour la propagation des idées des droits de l'homme et qui aurait essentiellement deux utilités. La première est de découvrir au sein même des cultures données les valeurs défendant et consacrant la dignité et la liberté et la seconde serait d'ordre tactique puisque le premier point assurerait justement la légitimité et l'efficacité d'un tel discours dans le cadre national⁷⁸⁴.

Pour ces raisons, An'naim précise qu'il faut appuyer un processus de transformations internes qui serait enclenché tant au niveau conceptuel qu'au niveau pratique⁷⁸⁵, le premier niveau cité étant le prédécesseur au second. Cette transformation conceptuelle s'effectue selon An'naim par la déconstruction du discours et des préceptes religieux, et donc juridiques, afin de s'adapter aux orientations et points de vue des musulmans modernes⁷⁸⁶. Selon, l'auteur, c'est la seule manière afin de continuer à vivre selon les concepts de l'islam tout en servant les intérêts soulevés par le contexte. Pour ce faire, An'naim propose de révolutionner le concept du *fiqh* (droit) par le recours à l'*ijtihad* afin d'intégrer les préceptes des droits de l'homme dans le contexte des systèmes juridiques islamiques⁷⁸⁷.

⁷⁸⁰ Voir Abdullahi Ahmed An'naim, *Toward an Islamic reformation : civil liberties, human rights and international law*, New York, Syracuse University Press, 1990.

⁷⁸¹ *Ibid.*, pp. 34 et suiv.

⁷⁸² « As long as the public law of shari'a continues to be regarded as the only valid view of the law of islam, most Muslims would find it extremely difficult to object to any of its principles and rules or to resist their practical implementation, however repugnant and inappropriate they may find them to be ». *Ibid.*, p. 185.

⁷⁸³ Abdullahi Ahmed An'naim, « Problems of universal cultural legitimacy for human rights », in Abdullahi Ahmed An'naim, Francis Deng (dir.), *Human rights in Africa: Cross-cultural perspectives*, Washington, The Brookings Institution, 1990, p. 337.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, pp. 344-345.

⁷⁸⁵ Abdullahi Ahmed An'naim, « Toward an islamic hermeneutics for human rights », in Abdullahi Ahmed An'naim, Jerald Gort, Henry Jansen, Hendrick Vroom (dir.), *Human rights and religious values: An uneasy relationship*, Amsterdam, Rodopi Editions, 1995, p. 230.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 237.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 239.

L'auteur appelle même à révolutionner le concept de l'*ijtihad* lui-même pour qu'il s'applique même aux textes clairs et catégoriques du coran⁷⁸⁸. Il avance ainsi la théorie de « la divinité de l'islam et de la temporalité de la charia »⁷⁸⁹. Ceci représente un grand pas transformateur, et An'naim lui-même reconnaît la grande difficulté de faire accepter cette méthode par la grande majorité des musulmans⁷⁹⁰. Il se retrouve ainsi dans l'impasse créée par son approche et démontre sans le vouloir ses limites. Une théorie réformatrice est en effet transformatrice, et c'est le cadre dans lequel s'inscrit cette approche d'An'naim. Pour autant, lui qui insiste sur l'importance de fournir les bases de la légitimité de l'intégration des droits de l'homme à partir du contexte interne et en respectant l'exclusivité du système religieux dans son champ de validité intellectuelle, identitaire et juridique ; reconnaît la nécessité de renouveler les structures de la connaissance religieuse et juridique. De ce fait, il ne s'agit plus seulement de chercher la compatibilité des deux systèmes par le biais de l'approche interculturelle et le respect des spécificités internes comme la prévalence systématique de la révélation sur la raison⁷⁹¹. An'naim se retrouve dans une contradiction inhérente à sa position. Renouveler de l'intérieur suppose premièrement que le renouvellement soit possible à partir des structures en présence, ce qui s'effrite sur les murs des difficultés opposées par le traditionalisme. Deuxièmement, cela suppose que l'équivalent des concepts importés puisse être retrouvé dans la structure réceptacle afin qu'elle leur serve de référence de légitimation. Cela n'est effectivement pas le cas concernant les droits de l'homme dans le contexte des systèmes juridiques islamiques car ils représentent des transformations radicales à bien d'égards. Le cas d'An'naim est symptomatique de cette approche qui démontre ses limites au moment même où s'agit de passer à la réelle œuvre réformatrice.

b. Réformer par le nouveau absolu des structures de la pensée

la position d'An'naim visant à revoir le rôle de la charia, est poussé à ses extrêmes par Mohammed Talbi, intellectuel tunisien qui considère que « toutes les entraves sont dans la charia, œuvre humaine désuète, formulée au IX^{ème} siècle, et figée jusqu'à ce jour » et que

⁷⁸⁸ Abdullahi Ahmed An'naim, « Toward an islamic hermeunitics for human rights », *op.cit.*, p. 239.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 238.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 239.

⁷⁹¹ « From the religious point of view, however, a believer must hold any human value judgment to be subordinate to divine judgment as expressed in revelation. He or she should accept divine value judgment and seek to justify and understand it rather than reject it on the basis of his or her own independent judgement ». Abdullahi Ahmed An'naim, *Toward an Islamic reformation*, *op.cit.*, p. 112.

« le coran n'est pas un code »⁷⁹². Pourtant, Talbi qui se déclare comme « musulman coranique »⁷⁹³, est justement critiqué par Arkoun qui considère que « l'intellectuel critique ne peut accepter aucun qualificatif qui le lierait d'emblée à une appartenance doctrinale, politique ou même nationale ; il est musulman dans la seule mesure où il partage des solidarités historiques avec la société plus au moins islamisée où il est né. [...] En tant qu'intellectuel conscient des apports de la modernité par rapport à la gestion des solidarités traditionnelles, il soumet aux impératifs de la critique ce qu'il a pu recevoir et le rendre solidaire avec ses origines »⁷⁹⁴. Ainsi, l'auteur blâme les « intellectuels modernisant comme Mohammed Talbi, Hichem Djait, Al-Jabri [...] de toucher aux questions traitées à l'intérieur de la clôture, mais sans aller jusqu'à inclure le noyau dogmatique de la foi comme le statut cognitif de la révélation, la structure mythohistorique du discours de la foi [...] »⁷⁹⁵.

Le scientisme d'Arkoun qui cherche par le biais d'un nouveau discours réformateur à créer un projet pour la critique de la raison juridique en Islam⁷⁹⁶ est certainement le plus radical. Sa méthode à forte portée épistémologique cherche à déconstruire tous les aspects du système de la raison islamique par une analyse à la fois, linguistique, historique, anthropologique et juridique qui réécrirait un nouveau contexte pour tous les moments fondateurs de cette raison. En d'autres termes, il s'agit d'une déconstruction absolue des corpus de la croyance⁷⁹⁷ « qui vise non plus seulement à réformer à l'intérieur de la clôture dogmatique, mais à en sortir afin de retranscrire une sortie de la religion »⁷⁹⁸.

La sortie de la religion selon Arkoun, une manière d'alléger la religion de sa charge passionnelle et de ses vérités intangibles afin d'en imposer une vision tout à fait objective et observable tel un phénomène à décortiquer. C'est dans ce sens que Arkoun parle de corpus officiel clos, de raison juridique islamique et de fait islamique⁷⁹⁹. Selon l'auteur, cette méthode qui vise d'abord pour l'intellectuel de se délester de son statut de croyant et pour la religion d'être étudiée hors de sa religiosité, est la seule capable de relancer le débat sur l'humanisme, des droits de l'homme et de replacer les Etats islamiques sur la scène internationale dans une posture autre que celle du conflit et de l'incompréhension.

⁷⁹² Interview avec Mohamed Talbi, « La charia est une œuvre humaine désuète », le 16 février 2015. URL : <http://www.webdo.tn/2015/02/16/interview-avec-mohamed-talbi-la-charia-est-une-oeuvre-humaine-desuete/>

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ Mohammed Arkoun, *Humanisme et Islam*, op.cit., p. 98.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 108.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 131.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 200.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 108.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 118.

Pluridisciplinaire, holistique et systémique, la conception d'Arkoun reste d'un faible impact car encore embrigadée dans le domaine académique et ne semble pas trouver d'écho ailleurs. Cela semble normal puisque sa théorie d'un islam non religieux et d'un droit parfaitement laïcisé ne peut être acceptée ni légitimée considérant le contexte actuel, car elle se permet de vouloir démystifier tous les fondements historiques de la vérité islamique telle qu'elle se présente aujourd'hui : la sacralité de la révélation, la légitimité absolue du droit et la capacité du pouvoir à se ressourcer dans ces champs pour y puiser son discours.

Dans un contexte tout à fait différent, mais qui s'inscrit toujours dans le renouvellement radical des structures de la pensée, nous choisissons d'avancer l'exemple de Mojtabeh Chabestari pour la singularité de son statut de clerc et d'homme de religion iranien. Son important ouvrage sur la critique de la lecture officielle de la religion met en cause la légitimité de fonder le pouvoir sur des arguments religieux et s'adonne à une critique de fond de tous les éléments constituant la vérité religieuse dominante⁸⁰⁰.

En effet, l'idée principale avancée par Shabestari est la distinction de l'éternel (les valeurs) du changeable (les préceptes et les obligations) dans la religion qui nécessite un genre de connaissance qui n'existe ni dans les traités juridiques ni dans la jurisprudence islamique ou les règles du *fiqh* islamique⁸⁰¹. Dans la continuité de ces idées Shabestari note les effets négatifs de l'inexistence d'une philosophie juridique systématique et d'une philosophie politique et éthique qui guiderait l'évolution de la pensée dans le monde islamique⁸⁰². Ainsi, Shabestari considère que le rôle du livre et de la sunna n'est ni d'imposer ou de légiférer mais d'orienter selon une éthique donnée. Selon lui « la science de la jurisprudence a émergé pour canaliser le flux des changements et non pas pour les initier »⁸⁰³. Shabestari, homme de religion, théorise donc pour la naissance d'une pensée religieuse séculariste, et donne la priorité aux principes de la liberté et de la centralité des intérêts

⁸⁰⁰ Mohammad Mojtabeh Chabestari, *Naqdi bar Qara'at Rasmi az Din: Bohranya, Chaleshha, Va halhas* (Critique de la lecture officielle de la religion : les crises, les défis, les solutions), Téhéran, Tarhé No, 2000.

⁸⁰¹ Mahmoud Sadri, « Sacral defense of secularism : the political theologies of Soroush, Shabestari and Kadivar », *International Journal of Politics, Culture and Society*, vol. 15, N. 2, 2001, p. 261.

⁸⁰² « Today we are deprived of a systematic legal philosophy, a comprehensive philosophy of ethics, a political philosophy, and a sound science of economics. Is it possible to rule on the universality and eternity of rules and values in the absence of definitive views of these disciplines? ». Mohamed Mojtabeh Shabestari, *Hermeneutic, Ketab, Va Sonnat* (L'herméneutique, le livre et la sunna), p. 47. Cité par *Ibid*.

⁸⁰³ Mohamed Mojtabeh Shabestari, *Hermeneutic, Ketab, Va Sonnat* (L'herméneutique, le livre et la sunna), p. 49. Cité par *Ibid*

humains dans la gestion des affaires courantes. Le rôle de l'Etat n'étant pas de protéger la religion mais d'assurer la liberté⁸⁰⁴.

Libérer l'homme du texte, des références historiques et de la soumission aux devoirs d'interprétation en vue de légitimer l'avancement, c'est la grande idée qui motive la théologie de Shabestari. Il annonce donc une rupture avec l'ironie de se soumettre au texte pour pouvoir le dépasser. Dans les rapports avec l'Etat et avec le contexte actuel, il délivre le croyant son statut de musulman et de son immersion dans l'*oumma* pour le considérer dans sa qualité de citoyen. Voilà ce qui en soit une grande révolution puisque, ce faisant, Shabestari délivre aussi l'intellectuel du devoir de se ressourcer dans les textes. C'est ainsi que dans sa critique du discours religieux officiel, il lance un plaidoyer pour les droits de l'homme et ce même si ces derniers n'ont pas été prévus ou ne trouvent pas de légitimation dans le texte⁸⁰⁵.

Ainsi, concernant le discours des droits de l'homme, Shabestari considère qu'il faut écarter toutes les propositions qui y sont contraires, non pas pour les remplacer par d'autres propositions religieuses instituant ce discours, mais pour les accepter comme elles sont. L'idée est que, si les hommes, dans la liberté de leurs intellects et leurs volontés, considèrent que ce corpus de valeurs et de normes est nécessaire pour l'équilibre des dynamiques politiques, juridiques et sociales, alors ce corpus devrait être mis en place abstraction faite des dispositions des textes et du droit musulman⁸⁰⁶. Shabestari note l'impossibilité, tant linguistique que discursive et épistémologique de ramener ces deux domaines sur un terrain commun et d'éliminer toutes les contradictions inhérentes à ces différences⁸⁰⁷.

Sa théorie étant essentiellement théologique, il considère qu'il est essentiel de ramener la religion à son domaine premier qui est l'étude et l'exploration de la foi dans le contexte de la révélation⁸⁰⁸, et de laisser la fonction juridique de la régulation à un système beaucoup plus adapté au contexte actuel. Shabestari plaide donc pour un universalisme détaché des contraintes culturelles et théologiques. Pour lui, les droits de l'homme s'appliquent abstraction faite des considérations religieuses pour la simple raison qu'il s'agit de deux

⁸⁰⁴ « I am of the opinion that it is high time that we let people know to what extent they can expect religion to solve their secular problems and to establish an advanced society. . . . The necessity of a democratic government cannot be derived from the meaning of faith or the religious texts ». Mohamed Mojtaba Shabestari, *Iman va Azadi (Foi et liberté)*, p. 67. Cité par *Ibid.*, pp. 261-262. Voir aussi Farhang Rajaee, *Islamism and modernism : The changing discourse in Iran*, Austin, University of Texas Press, 2007, p. 222.

⁸⁰⁵ Mohammad Mojtaba Shabestari, *Naqdi bar Qara'at Rasmi az Din: Bohranya, Chaleshha, Ra halhas*, *op.cit.*, p. 18.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 183.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 346.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 267.

domaines absolument différents et qu'il serait erroné de les confronter deux ordres de valeurs impossibles à comparer.

Ces théories, visant à une réforme radicale des méthodes d'approche de la religion et de sa compréhension, sont nombreuses. A part Shabestari et Arkoun, on peut penser au philosophe iranien Abdulkarim Soroush qui plaide lui aussi pour l'application inconditionnée des droits de l'homme⁸⁰⁹ ou de Fazlur Rahman qui œuvre pour l'instauration d'une méthode d'interprétation objective visant à comprendre l'intention de l'auteur divin afin de dépasser le littéralisme juridique et de saisir les valeurs menant à la théorisation d'une éthique⁸¹⁰. Cette nouvelle méthode d'interprétation appliquant des méthodes de compréhension modernes au texte a permis à Fazlur Rahman d'écarter les versets à portée juridique spécifique et de ne saisir que les grandes lignes éthiques lui permettant ainsi de concevoir qu'il est tout à fait possible de dire que le coran plaidant pour la justice et l'égalité pave lui aussi un chemin pour les droits de l'homme⁸¹¹.

Pour autant, ces théories qu'elles soient complaisantes à l'égard de la tradition ou animées par la volonté de déconstruire complètement les méthodes de compréhension et les fondements de la pensée ne montrent pas assez d'impact ailleurs que dans le domaine académique où elles restent confinées et isolées. Par ailleurs, elles peuvent aussi être réprimées et tuées par le simple argument que de telles approches, osant toucher à la substance de la religion qui n'a dans ce cas rien à voir avec la foi mais plutôt avec l'aspect procédural et juridique élevé au rang du sacré, constituent des actes d'hérésie et peuvent même être relégués au rang d'apostat. Farag Fouda, intellectuel Egyptien explicitement laïc avait ainsi été déclaré apostat par l'un des imams d'el Azhar, le bastion de l'école juridique et théologique sunnite et l'avait payé de sa vie en 1992.

La neutralisation du rôle des réformes à l'intérieur même du système peut donc être présentée au sens littéral. La raison juridique, tentant de se maintenir mal malgré l'hybridité dont elle souffre et son infiltration par d'autres systèmes ne peut tolérer l'idée fatale de la transformation des structures théologiques en délaissant le littéralisme juridique. Fatale d'abord pour le système juridique en place et qui semble le premier à être ciblé par toutes ces

⁸⁰⁹ Farhang Rajaei, *Islamism and modernism*, op.cit., p. 227.

⁸¹⁰ Selami Varlik, « Fazlur Rahman et le coran : La recherche méthodique de l'intention de l'auteur », *Methodos*, N. 13, 2013, URL : <http://methodos.revues.org/3580> ; DOI : 10.4000/methodos.3580.

⁸¹¹ « The essence of all human rights is the equality of the entire human race, which the Qur'ān assumed, affirmed, and confirmed. It obliterated all distinctions among men except goodness and virtue ». Fazlur Rahman, *Major themes of the Qur'an*, Chicago, The University of Chicago Press, 2ème ed., 2009, p. 45.

réformes qu'elles soient radicales ou apologétiques, mais aussi aux structures du pouvoir que ce système juridique participe à mettre en place et au type de société dont il favorise le développement. Nous sommes toujours donc au cœur de cette dynamique du triptyque droit-pouvoir-société et dont les solidarités, rôles et attentes ne peuvent admettre d'être concurrencées de l'intérieur.

Par ailleurs, parler d'un rôle limité des réformes ne serait pas un tâche hasardeuse tant l'observation au niveau de la réalité montre que ce processus déclenché à partir de la fin du dix-neuvième siècle par des intellectuels tel que Jamal-Addine Al-Afghani et Mohamad Abdu et dont la relève a été prise par les auteurs cités, mais pas qu'eux, n'a pas eu l'impact de transformation sociale espérée. Bien au contraire, la réalité montre que la balance penche plutôt du côté de la radicalisation des structures en place. D'une manière bien ironique, la radicalisation pour la préservation de la raison juridique étatisée, a peut être été la cause de l'apparition d'une nouvelle raison concurrente et apte à la détrôner. Ainsi, avec l'Etat islamique, nous pouvons présumer que c'est le droit du bas, ou l'infra-droit qui a vocation à devenir droit lui même, forme radicalisée de la raison juridique islamique étatisée, commence à grignoter non seulement dans le discours et dans la légitimité de cette dernière, mais aussi activement, dans son champs de validité juridique.

En tout état de cause, les limitations opposées à la pensée moderniste défendant l'application des droits de l'homme est clairement observable dès lors qu'il s'agit de l'appliquer à la question des châtiments corporels.

2. Les châtiments corporels dans la réflexion moderniste

Nous avons précédemment vu qu'à la confrontation entre droits humains prohibant les châtiments corporels et le droit pénal musulman les prescrivant est à son paroxysme puisque les deux se présentent comme un ensemble de normes obligatoires auxquels il ne peut y avoir de dérogation. Dès lors, et du moment que nous observons le conflit entre deux normes de la même hiérarchie, nous pouvons dire que la réaction en préservation est à son paroxysme puisque le fait d'accepter une norme extérieure comme étant obligatoire, abstraction faite de son approbation, veut dire que la norme intérieure en vigueur ne dispose plus de ce même statut. Si on ajoute l'aura de sacralité qui enveloppe la question du droit pénal en droit islamique, nous pouvons imaginer que le malaise causé atteint son comble.

Nous allons dans cette partie exposer la théorie de An'naim quant à la capacité d'appliquer les normes internationales dans le domaine du droit pénal islamique. Ce dernier

formule une théorie consistant à chercher la légitimité des droits de l'homme par une approche interculturelle prenant en considération les spécificités des références culturelles. Une théorie des plus sûres quand il s'agit d'opérer cette exportation. Dans le domaine des *hudud* par exemple, qui pour la grande majorité des musulmans semblent avoir le statut de règles impératives, et ce quel que soit le contenu du droit pénal Etatique, les théories de Shabestari ou de Fazlur Rahman semblent toucher à des domaines réservés tant à la foi qu'à des normes ayant reçu le sceau de la validation idéologique et historique. Dès lors, l'approche de An'naim, aucunement révolutionnaire, mais certainement pragmatique, semble renfermer le plus de potentiel afin de pouvoir traiter du conflit dans ce domaine.

Sembler, c'est bien l'expression puisque l'auteur reconnaît que même sa thèse de légitimité culturelle des propositions à portée internationale trouve sa limite face au système des *hudud*. L'auteur commence par avouer que le statut de ces normes est indisputable puisqu'elles s'appliquent même là où elles ne s'appliquent pas⁸¹². En effet, nous sommes dans un domaine où la conviction qu'une norme représente du droit même si elle ne l'est pas officiellement (au niveau du droit légiféré par l'Etat) est importante, puisque le premier souci de An'naim est d'instaurer la légitimité de l'interdiction des peines inhumaines et cruelles. La légitimité n'appelle pas donc qu'à des considérations procédurales mais à l'intime foi dans le potentiel de la norme de réaliser un certain idéal. Pourtant, comme le note An'naim, la vaste majorité des musulmans pensent que le droit pénal islamique est impératif. Par ailleurs, il soulève l'idée que discuter publiquement de la légitimité de ce dernier soit un tabou parmi les tenants du pouvoir mais aussi parmi les individus qui craignent pour leur propre intégrité physique⁸¹³.

⁸¹² Selon un sondage du Gallup World Poll sur l'islam et la démocratie, 79% de la population des pays islamiques, qu'ils aient ou pas une application littérale de la charia, pensent que celle-ci devrait être considérée comme une source de la législation. The Gallup Organization, *Islam and democracy*, Rapport d'enquête, Princeton, 2006.

URL : <http://media.gallup.com/WorldPoll/PDF/IslamandDemocracy020207.pdf>

⁸¹³ « To the vast majority of muslims, Sharia is binding and should be enforced today. Muslim political leaders and scholars may debate whether general social, economic or political conditions are appropriate for the immediate application of Sharia, or whether there should be a preparatory stage before the introduction of Sharia where it has been displaced by secular law. None of them would dispute, at least openly or publicly, that the application of Sharia criminal law should be a high priority, if not an immediate reality [...] The matter is settled by the categorical will of god as expressed in the quran and as such, is not open to questions by human beings. Even the educated modernised muslims, who may be privately repelled by this punishment, cannot risk the consequences of openly questioning the will of god. In addition to the danger of losing his or her faith and the probability of severe social chastisement, a muslim who disputes the binding authority of the quran is liable to the death penalty for apostasy». Abdullahi Ahmed An'naim, « Toward a cross-cultural approach to defining international standards of human rights: The meaning of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment »,

Dans ce contexte d'impossible réinterprétation ou de lecture d'un domaine réservé à la volonté divine et où le jugement de la qualité de la punition ou du degré de sa cruauté est tout simplement hors de question, An'naim finit par reconnaître l'impossibilité d'intégrer, d'un point de vue islamique, la question de l'interdiction des châtiments corporels. De fait, sa théorie du dialogue interculturel trouve ses limites dans le cas très simple où deux récits se disputent la hiérarchie tant textuelle (coran ou conventions) que juridique (droit interne ou droit international). Il va même jusqu'à considérer que même les efforts de réinterprétation ou de déconstruction des démarches méthodologiques ne peuvent destituer ce droit pénal de son statut d'impérativité⁸¹⁴.

Dans l'éventail des possibilités entrevues par An'naim, reste juste la capacité de limiter l'impact de ces punitions en pratique par la mise en place d'alternatives ramenées au sein du corpus juridique par le biais d'interprétations restant dans le domaine du possible. Cette stratégie nécessite un retour aux textes et à la jurisprudence afin d'y trouver des preuves permettant d'alléger le recours et l'impact des punitions corporelles.

Ce constat de An'naim pousse à poser des questions sur la réelle efficacité des discours réformateurs dans le cadre d'une pensée close promue par un système juridique hermétique et centré sur la recreation des modèles intérieurs que sur l'adaptation avec le contexte. Le domaine des châtiments corporels, de la contrainte, appui central de l'idéologie de la légitimité du droit et de l'obligation de respecter le pouvoir qui l'a institué, démontre à quel point il peut sembler difficile de percer la bulle créée par le système juridique afin de préserver des équilibres qui dépassent le simple domaine normatif. La vie juridique a ici un champ beaucoup plus vaste que celui qu'on lui attribue généralement, elle irradie sur des domaines qui pourtant semblent indépendant en substance. Aussi, la vie juridique est-elle complètement influencée par les dynamiques des systèmes qui l'entourent et se retrouve à jouer le rôle de pivot qui coordonne plusieurs intérêts en place.

Face à cette réalité, la réforme a-t-elle un autre effet que d'être un ensemble d'idées novatrices, déstabilisantes certes, mais n'ayant pas l'énergie nécessaire afin de déclencher un processus transformateur radical ? L'énergie dégagée par la religion et sa passion, est peut être un trou noir qui absorbe celle des systèmes orbitant autour d'elle. Et le droit dans ses

in Abdullahi Ahmed An'naim (dir.), *Human rights in cross-cultural perspectives: A quest for consensus*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1991, pp. 34-35.

⁸¹⁴ « Neither internal islamic reinterpretation nor cross-cultural dialogue is likely to lead to the total abolition of this punishment of a matter of islamic law ». *Ibid.*, p. 36.

procédures, sa systémique, la complexité la plus formidable de ses normes, n'est plus qu'un mécanisme servant une cause ultime, celle de la préservation de la survie et de l'authenticité de la raison juridique. C'est cette dernière qui, par sa résistance et le mystère de son mouvement constant étonne à force de persévérer. Avancer tout en se gardant inchangé est, en effet, plus qu'un défi, c'est un fantasme que la raison juridique ne cesse d'instiller dans le système juridique. Et à force d'y croire, la raison juridique islamique, a réussi à plusieurs égards à se garder intacte.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Au cours de cette partie, il s'agissait d'explorer la réaction primaire de la raison juridique islamique en interaction avec l'ordre juridique international. La réaction en préservation de la raison juridique se présente comme un moyen de protéger la raison instable contre l'infiltration de ses structures et fondements par une raison perçue comme différente et subversive. Subversion, c'est bien le cas, car l'interaction des raisons juridiques inclue beaucoup plus d'éléments que le simple conflit de normes. Elle nous permet d'observer les soubassements de l'activité juridique et les raisons profondes qui font que la greffe des normes, élément de surface, puisse réussir ou non.

Nous avons relevé que la préservation est axée sur deux domaines qui représentent, en effet, les bases mêmes de tout système juridique et qui sont, d'ailleurs, les premiers menacés face au contact de l'ordre juridique international. C'est donc par la contrainte idéologique et par le durcissement du statut de la contrainte en tant que sanction que le système tente de préserver sa raison.

Le procédé, malgré son ambition conservatrice, n'est nullement rigide ou dénué d'intérêt. Il démontre, en effet, la capacité d'un système juridique de repérer les structures en danger et de les fortifier. Il s'agit donc d'une stratégie qu'il est important de détecter afin de comprendre des réactions, qui paraîtraient absurdes à la surface. Ironiquement, la réaction de préservation de la raison juridique n'est pas dénuée de dynamisme. Au fond, elle peut être créatrice des prémices d'une nouvelle raison. Une chose est sûre, le repli du système sur soi ne peut être considéré comme une barrière contre la négociation sociale des normes et des valeurs en place. Elle ne peut donc pas non plus mettre fin au bourgeonnement des foyers du droit ni arrêter l'impact de l'interaction. Le légitime, l'obligatoire et leur corollaire la contrainte peuvent se préserver par le durcissement des discours et des pratiques au niveau du droit officiel. Cependant, l'interaction a ceci d'intéressant qu'elle ne se limite pas à la surface de la vie juridique mais se caractérise par sa transversalité et saisit la complexité du système juridique. Dès lors, l'impact du droit international, même s'il est refoulé au niveau des obligations, peut se lire au niveau des appels, intérieurs, au changement et à la réforme. La bataille de la raison juridique se joue donc sur deux fronts différents. Comme prise en tenaille, elle subit les pressions poussant vers le mouvement, le consensus. Mais, y étant elle même

contrainte, elle pousse le processus d'adaptation plus loin que le simple reflexe primaire. En fait, c'est par ce même reflexe de préservation qu'elle est poussée vers l'innovation. Il ne faut nullement croire que l'interaction donne lieu à des réactions uniformes et homogènes. En effet, elles sont plutôt multidimensionnelles et appellent à plusieurs stratégies. Le mouvement dans l'interaction peut bien être la chose et son contraire.

DEUXIEME PARTIE : LA REACTION EN INNOVATION FACE AU SYSTEME JURIDIQUE INTERNATIONAL

*« Aussitôt qu'on nous montre quelque chose d'ancien dans
une innovation, nous sommes apaisés ». Friedrich
Nietzsche*

La réaction en innovation est une manœuvre déployée par le système juridique en vue de protéger l'existence de sa raison. De fait, la finalité ultime des actions du système juridique est toujours de parvenir à continuer d'exister dans le respect de sa logique interne. Dans ce cadre, l'innovation est une réponse différente à la menace posée par l'interaction avec un système étranger puisque, contrairement à la réaction en préservation qui cherche à renforcer la coquille interne du système, cette dernière fait preuve de plus de plasticité.

Clairement, la signification de l'innovation se retrouve dans les besoins de la régulation et du droit et de la société. De ce fait, une réaction en innovation peut aller de pair avec une réaction en préservation. Elles peuvent viser simultanément les mêmes institutions et structures, chose qui peut sembler contradictoire mais recouvre tout son sens en considérant les fonctions de régulation que doit remplir le système juridique. Ou bien les réactions peuvent agir sur des institutions différentes et touchant à des segments qui ne se rencontrent pas. De toutes les façons, il faut noter que la préservation et l'innovation ne s'excluent et ne sont pas des réponses que le système déploie une à la fois. Bien au contraire, ce dernier dispose d'un grand champ de manœuvre pour tenter de réguler au mieux le domaine juridique et social qu'il contrôle et d'arriver à assurer une situation de cohésion interne et de stabilité de la raison juridique. Evidemment, la quête vers cette stabilité est une lutte perpétuelle, mais c'est bien cette incessante marche vers l'équilibre qui crée les dynamiques complexes et fort intéressantes au sein d'un système juridique donné.

C'est dans ce sens que la réaction innovatrice dépasse l'utilisation des moyens propres au système pour sortir d'une situation conflictuelle et devient plus ouverte aux propositions du système opposé. Cette ouverture, A.J Arnaud la conçoit en développant sa théorie de la raison juridique en modélisant deux formes d'innovations opérées au sein d'un système : l'innovation intégrative et l'innovation radicale⁸¹⁵.

En effet, l'innovation intégrative serait une forme de récupération des éléments du système constituant une menace pour les ramener aux catégories déjà existantes dans le système juridique. Il s'agit dès lors d'une innovation prudente qui n'aurait nullement pour but de réaliser des changements radicaux. Plutôt, l'innovation intégrative opère en s'appropriant des éléments extérieurs aux catégories existantes dans le système et en les adaptant pour qu'elle servent sa propre logique et qu'elle deviennent des défenses de sa propre raison. La technique est donc ingénieuse et démontre la capacité du système de contrôler l'imperméabilité de ses frontières afin de permettre à la raison de survivre aux pressions des conflits causés par les interactions (Chapitre I).

Pour sa part, l'innovation radicale, comme l'indique l'expression, pousse le seuil du changement beaucoup plus loin et teste la capacité du système à survivre tout en modifiant ses structures ou en y intégrant des nouvelles qui jusque là existaient hors du circuit du droit posé. Evidemment, l'innovation radicale peut donner lieu à une raison tout à fait nouvelle qui ne ressemble en rien à celle qu'il fallait protéger au départ ou à celle qui a déclenché le processus d'interaction et le mouvement au sein du système juridique. Pour autant, l'innovation radicale peut devenir à un moment donné une obligation pour que la raison juridique préserve une sorte de continuité et de temporalité, quitte à ce qu'il soit porté atteinte à son intégrité (Chapitre II).

⁸¹⁵ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique-T1*, op.cit., pp. 313 et suiv.

CHAPITRE I : LA RESOLUTION DES CONFLITS PAR

L'INNOVATION INTEGRATIVE

Concernant l'innovation intégrative, l'auteur de la théorie de la raison juridique propose deux types de réactions qui rentrent de ce cadre, et qui permettent à un système juridique « d'intégrer la situation qui lui échappe afin de l'emporter sur l'autre et survivre »⁸¹⁶.

La première réaction innovatrice est l'extension du droit imposé à des statuts qui échappaient à son contrôle. Cela revient à jouer sur la plasticité des institutions pour qu'elles puissent accueillir des situations nouvelles. La deuxième réaction qualifiée d'absorption répond à la même logique, sauf que, ce n'est pas le droit imposé qui s'étend à des situations nouvelles mais plutôt l'inverse. En effet, des situations « extra-imposées » sont absorbées par des institutions relevant du droit imposé et qui n'étaient pas sensées englober ces dernières⁸¹⁷.

Cette typologie est évidemment justifiée par les exemples avancés par l'auteur lui-même⁸¹⁸ et certainement, dans notre cas, par l'évolution de ce qu'on appelle la raison juridique islamique. Cependant, on tentera dans le cadre de ce chapitre de présenter une autre typologie d'innovation intégrative.

Ainsi, contrairement à la typologie présentée par A.J Arnaud et qui modélise essentiellement les réactions en innovation qui intègrent activement des statuts nouveaux, nous tenterons de présenter un modèle d'intégration plutôt négative qui, tout en reconnaissant le système concurrent, le neutralise par ce type de réactions. Dans ce sens, nous pourrions dire que l'impact sur le système concurrent est positif (altération) alors qu'il est négatif concernant l'intérieur du système intégrant les nouvelles structures (neutralisation), ce qui est complètement l'inverse du modèle présenté par A.J Arnaud. Pour autant, loin de contredire les possibilités présentées par ce dernier, nous pensons que cette idée d'intégration négative pourrait compléter la palette des réactions possibles du système juridique souffrant des aléas de la polysystème simultanée et agissant par innovation de ses propres structures.

⁸¹⁶ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique-T1*, op.cit., p. 315.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 314.

⁸¹⁸ Généralement des exemples tirés du droit civil tel que l'extension du droit au statut de concubins qui lui échappaient avant sa reconnaissance.

De ce fait, il s'agira d'abord de présenter les contours de ce qu'on appellera une innovation adaptative. Bien que cette expression peut ressembler à un pléonasme qui manque de receler une réelle plus-value tant sémantique que conceptuelle, l'innovation adaptative nous paraît comme la meilleure expression pour décrire le fait que le système juridique adopte et adapte les moyens du système avec lequel il se trouve en conflit pour servir ses propres finalités. L'innovation repose donc sur le fait de la reconnaissance des moyens offerts par l'interaction conflictuelle avec un système juridique donné alors que la finalité serait d'adapter ces derniers au service de la cause du système qui les intègre. Cette manœuvre ne peut empêcher l'impact de l'interaction qui est quand même présent. L'altération des deux systèmes étant un fait. Le système intégrant le statut nouveau est altéré puisqu'il reconnaît le second et avance d'un pas vers lui, mais ce dernier est tout autant altéré puisque ses moyens son adaptés, voir même contournés, aux fins du premier (Section I).

Par ailleurs, on tentera d'explorer la réaction d'innovation récupératrice qui, tout comme la première réaction cherche à mobiliser les moyens du système menaçant à ses propres fins, mais en les présentant comme ses propres moyens. La récupération permet donc aussi de reconnaître une institution ou un statut, tout en altérant leur substance pour qu'elle réponde aux exigences du système qui les intègre en son sein (Section II).

SECTION I : L'INNOVATION INTEGRATIVE PAR L'ADAPTATION :

L'EXEMPLE DES RESERVES AUX CONVENTIONS

INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME

Nous avons précisé que l'innovation adaptative avait pour nous le sens d'une action tournée vers la prise en considération des brèches ouvertes dans le système qui crée la situation conflictuelle afin l'intégrer dans le système juridique sans tout de même perdre de son intégrité et préserver sa logique interne et sa raison intactes.

Ainsi, le système receveur exerce une action d'altération sur celui qu'il intègre en son sein, créant de cette façon un impact inverse à celui qu'on attend d'une innovation intégrative, cette dernière ayant généralement pour effet de modifier le système receveur. Mais dans ce cas, si la modification a certainement lieu par la reconnaissance d'un domaine qui échappait au champ d'intervention du système, elle reste tout de même infime puisque le but de cette innovation reste d'intégrer pour neutraliser le conflit et non de l'absorber ou de le contenir. Il s'agit clairement de deux situations absolument différentes. Par ailleurs, c'est le système concurrent qui semble pâtir le plus de cette intégration, puisqu'en étant utilisée pour servir les intérêts adverses, cette dernière met en lumière les failles qui pourront être exploitées à chaque fois que la même configuration d'interaction conflictuelle se présente.

Dans le cas des systèmes juridiques ayant à leur base une raison juridique islamique, cette pratique semble courante. En effet, l'intelligence du système juridique réside dans le fait qu'il soit capable de déployer plusieurs stratégies de survie. Dans ce sens, le rejet de l'ordre juridique international en tant que porteur d'une idéologie et d'un système de valeurs menaçant la stabilité et les bases mêmes de la raison juridique islamique ne suffit absolument pas à repousser les retombées du conflit ni à empêcher une interaction qui, vu le contexte général, devient inévitable. Ainsi, l'innovation adaptative a ceci d'efficace qu'elle permet au système de s'inscrire dans son contexte et de réagir à l'interaction par autre chose que la négation absolue, sans pour autant admettre les valeurs instillées par le système concurrent.

Dans ce sens, l'exemple précis des réserves aux conventions des droits de l'homme semble démontrer parfaitement cette tendance du système juridique à puiser dans les « opportunités » offertes par un système menaçant pour introduire des innovations qu'on pourrait qualifier de fantômes, puisque l'intention qui les motive n'est toujours pas celle de l'harmonisation. Ainsi, les réserves aux traités étant une pratique reconnue du point de vue du

droit international, les systèmes juridiques ayant une raison juridique islamique y trouvent une possibilité de s'aligner sans pour autant être affecté par la raison occidentale et libérale puisqu'il leur est permis d'émettre des réserves sur les dispositions menaçantes et ce surtout quand il s'agit des conventions portant sur les droits de l'homme.

Ainsi, il serait judicieux de passer en revue le cadre juridique des réserves aux traités en droit international qui permet cette réaction précise (Paragraphe 1) avant de saisir la pratique des réserves islamiques aux conventions des droits de l'homme par l'observation et l'analyse (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : Le régime juridique des réserves en droit international

La pratique des réserves a connu une évolution parallèle à celle de la multilatéralisation des traités. Avec l'expansion du domaine du droit international et la diversification de la communauté des Etats et des intérêts en place. La pratique des réserves démontre donc la diversité des points de vue et des visions et le cadre général d'interaction offert au sein du système du droit international. Ainsi, par le biais des réserves et des objections qui y sont opposés, on peut observer comment les normes du droit international sont négociées et comment les procédures et les règles générales de ce dernier sont traitées durant ces négociations. Suzanne Bastid avance que « la réserve est un élément de particularisme qu'un Etat veut introduire par rapport à ce document législatif, matériel auquel il exprime cependant sa volonté d'être lié »⁸¹⁹ Par conséquent, il serait juste de dire que le régime juridique des réserves reflète le besoin de trouver un équilibre entre l'application universelle des traités en assurant l'adhésion du plus grand nombre par la prise en compte de leurs intérêts; et la sauvegarde de l'intégrité du texte en réglementant avec minutie la formulation des réserves. C'est ce souci qui a toujours été à la base de la théorie générale des réserves en droit international (A) et qui justifie l'idée selon laquelle les conventions portant sur les droits de l'homme bénéficient d'un statut spécial quant à cette question(B).

A. La théorie générale des réserves en droit international

Pour présenter la théorie générale des réserves aux traités en droit international, nous estimons qu'il faut passer en revue le cadre offert par la convention de Vienne sur le droit des traités, avant de se pencher sur la question de la compatibilité des réserves avec l'objet et le but du traité. Cette approche nous permet d'observer les deux facettes du concept des réserves

⁸¹⁹ Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale : conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985, p. 71.

et qui permettent de réaliser un équilibre entre les différentes pressions auxquelles est soumis le droit international.

1. Le cadre de la convention de Vienne sur le droit des traités

Le droit international autorise pour un Etat qui adhère au but et aux objectifs poursuivis par un traité tout en objectant à quelques unes de ses dispositions, de formuler des réserves. Ainsi selon l'article 2, paragraphe 1.d. de la convention de Vienne sur le droit des traités⁸²⁰, « l'expression réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat ».

Les réserves sont donc à distinguer des déclarations interprétatives, pratique courante de nos jours, et qui « s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions »⁸²¹. Pourtant, concrètement, il est très difficile de distinguer une vraie réserve d'une déclaration interprétative, qui n'a pas les mêmes effets juridiques et qui a trait à l'interprétation du traité plutôt qu'au processus de sa création comme l'est le cas des réserves. D'ailleurs, même le guide de la pratique sur les réserves aux traités n'offre pas une solution claire à ce sujet. En effet, le guide reste très vague en considérant qu'il convient d'interpréter les déclarations unilatérales de bonne foi et en suivant le sens ordinaire des termes pour dégager l'intention de l'auteur et déterminer sa volonté de qualifier cette dernière de réserve ou de déclaration interprétative⁸²². Cette confusion au niveau pratique entre les deux types de déclarations s'ajoute à la liste des critiques adressées au régime des réserves. Ainsi, non seulement on lui reproche de porter atteinte à l'intégrité du traité et de diluer son essence dans des considérations diverses, mais il existe aussi des moyens permettant de détourner la limitation ou l'interdiction des réserves. Dès lors, les critiques au système des réserves de la convention de Vienne peuvent être résumées en ceci que le système est laconique et n'est pas bien scellé contre les volontés de morceler les traités et de les vider de leurs essences.

⁸²⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, ci-après la convention de Vienne.

⁸²¹ A/66/10/Add.1, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Rapport de la Commission de droit international, 2011, Directive 1.2.

⁸²² *Ibid.*, Directive 1.3.1.

A ce titre, il faut noter que le régime des réserves est marqué par la volonté d'étendre le champ d'application des traités en facilitant leur acceptation. La convention de Vienne pose le principe de la liberté quant à la formulation des réserves, mais laisse aussi aux parties contractantes la liberté de faciliter, de limiter ou même d'interdire ces dernières⁸²³ dans l'article 19 qui dispose que « un Etat, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins : a) que la réserve ne soit interdite par le traité; b) que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites;... ». Il en va de même pour le retrait des réserves et des objections qui leur sont opposées au titre de l'article 22⁸²⁴.

Cette liberté, tempérée par l'équilibre des possibilités accordées aux parties rappelle l'idée selon laquelle le traité serait une figure du contrat⁸²⁵. D'ailleurs, à l'instar de la logique contractuelle, le système des réserves de la convention de Vienne est issu d'un long processus de négociation.

En effet, la règle principale applicable aux réserves fut l'exigence d'un consentement unanime des autres parties au traité. A défaut de cette approbation unanime, la partie réservataire est maintenue hors du cadre conventionnel⁸²⁶. Ce système avait pour mérite de préserver l'intégrité du traité. Cependant, il faut noter l'extrême difficulté de la maintenir face à la prolifération des traités multilatéraux. L'unanimité dans ce cas semble être un véritable défi à atteindre, si ce n'est une utopie.

La règle de l'unanimité fut donc concurrencée par la pratique panaméricaine, beaucoup plus flexible et favorable à la « promotion de l'interaction entre les Etats et l'universalité de la participation »⁸²⁷. Les règles à l'origine de ce système ont été rassemblés dans un rapport approuvé par le conseil directeur de l'Union Panaméricaine⁸²⁸. Cette pratique

⁸²³ Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 198.

⁸²⁴ « 1. A moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve peut à tout moment être retirée sans que le consentement de l'Etat qui a accepté la réserve soit nécessaire pour son retrait.

2. A moins que le traité n'en dispose autrement, une objection à une réserve peut à tout moment être retirée ».

⁸²⁵ Gregory Lewkowicz, « Le traité international comme figure du contrat : le jeu de l'honneur sous les contrats dans la doctrine du droit des gens », in Gregory Lewkowicz, Mikhaïl Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris Dalloz, 2009, pp. 105- 115.

⁸²⁶ Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », in Olivier Corten, Pierre Klein (dir.), *The Vienna Conventions of the law of treaties: A commentary- Vol. 1*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 410.

⁸²⁷ Ekatarina Yahyaoui Krivenko, *Women, Islam and international law : within the context of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 72.

⁸²⁸ « With respect to the judicial status of treaties ratified, with reservations, which have not been accepted, the Governing Board of the Pan American Union understands that: 1. The treaty shall be in force, in the form in

a inspiré la C.I.J. dans son avis consultatif sur les réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. En effet, dans la requête formulé par l'Assemblée générale des Nations Unies pour avis consultatif auprès de la cour, la question posée fut : « l'Etat qui a formulé la réserve peut-il être considéré comme partie à la convention aussi longtemps qu'il maintient sa réserve si une ou plusieurs parties à la convention font une objection à cette réserve, les autres parties n'en faisant pas ? »⁸²⁹.

La réponse de la Cour est allée au sens contraire de la pratique majoritaire en affirmant que « la très large participation à des conventions de ce genre à déjà entraîné une flexibilité plus grande dans la pratique internationale des convention multilatérales. Un usage plus général des réserves, une part très large faite à l'assentiment tacite aux réserves, l'existence de pratiques qui vont jusqu'à admettre que l'auteur des réserves écartées par certains contractants est néanmoins considéré comme partie à la convention dans ses rapports avec ceux d'entre eux qui les ont acceptées, ce sont là autant de manifestations d'un besoin nouveau d'assouplissement dans le jeu des conventions multilatérales [...] Le principe majoritaire, s'il facilite la conclusion des convention multilatérales peut rendre nécessaire pour certains Etats de formuler des réserves »⁸³⁰. La Cour va même jusqu'à interpréter la volonté des rédacteurs de la convention en considérant que « l'Assemblée Générale et les Etats l'ont adopté dans l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats »⁸³¹. Pour autant, la Cour reconnaît l'impossibilité de donner une réponse absolue à la question⁸³². Sa position nuancée se manifeste dans ses réponses à la deuxième question posée par l'Assemblée Générale⁸³³ puisqu'elle concède qu' « il se peut qu'un Etat, sans prétendre qu'une réserve est incompatible avec l'objet et le but de la convention, y fasse néanmoins objection »⁸³⁴ car,

which it was signed, as between those countries which ratify it without reservations, in the terms in which it was originally drafted and signed. 2. It shall be in force as between the governments which ratify it with reservations and the signatory States which accept the reservations in the form in which the treaty may be modified by said reservations. 3. It shall not be in force between a government which may have ratified with reservations and another which may have already ratified, and which does not accept such reservations ». *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1951, Arguments oraux, p. 17. Le texte a été aussi reproduit dans un rapport de la commission du droit international sur les travaux de sa dix-septième session, *Yearbook of the international law commission*, Vol. II, p. 79.

⁸²⁹ A/RES/ 478 (V) du 16 Novembre 1950, *Requête pour avis consultatif suite à l'adoption d'une résolution au sujet des « réserves aux traités multilatéraux »*.

⁸³⁰ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1951, pp. 21-22.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 24.

⁸³² *Ibid.*, p. 26.

⁸³³ « « En cas de réponse affirmative à la première question, quel est l'effet de cette réserve dans les relations entre l'Etat qui a formulé la réserve et : a) les parties qui ont fait une objection à la réserve ? b) celles qui l'ont acceptée ? » ».

⁸³⁴ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, op.cit., p. 27.

partant de la logique du contrat, « aucun Etat ne peut être lié par une réserve à laquelle il n'a pas consenti »⁸³⁵. Cependant, la Cour n'exclue pas qu'une « entente entre lui et l'Etat qui a formulé la réserve ait pour effet de mettre la convention en vigueur entre eux, à l'exclusion des clauses affectées par la réserve »⁸³⁶. Ce faisant, elle rejette explicitement le principe d'unanimité et présente les signes avant coureurs de la naissance du régime de la convention de Vienne. La Cour tente à cet effet de réaliser un double équilibre entre l'universalité et l'intégrité du texte d'un côté et la liberté des contractants d'un autre⁸³⁷ ; et ce en autorisant la formulation des réserves tant qu'elles sont compatibles avec le but et l'objet du traité et qu'elles sont dans les limites des autres restrictions imposées dans le cadre de l'article 19.

Cela nous ramène à la question suivante. Problématique naissante du choix servant à résoudre la question de l'équilibre, comme si nous avions affaire à la prochaine chaîne manquante dans le régime des réserves. Car, « malgré le succès des dispositions de la convention de Vienne sur les réserves, ces dernières n'ont pas pu résoudre tous les problèmes naissant dans le cadre de cette institution juridique »⁸³⁸.

Dans ce sens, l'une des questions les plus ambiguës dans le cadre du régime des réserves de la convention de Vienne est de savoir si la validité⁸³⁹ d'une réserve est une question objective, ou si elle dépend de l'appréciation subjective des Etats parties ? Ici l'ambiguïté réside dans le fait que la convention ne détermine aucune procédure pour évaluer la validité d'une réserve⁸⁴⁰. Cette question a été décortiquée largement à l'occasion du débat doctrinal entre l'école de l'opposabilité et l'école de la permissibilité.

Selon Sir Derek Bowett, « La question de la permissibilité est la question préalable. Elle doit être résolue par référence au traité et est essentiellement une question d'interprétation des traités; elle n'a rien à voir avec la question de savoir si, en principe, d'autres parties jugent la réserve acceptable ou non. Si une réserve est jugée « non permise », il peut en résulter soit que la réserve, et elle seule, est nulle (ce qui signifie que la partie qui la

⁸³⁵ *Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, op.cit.*, p. 26.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁸³⁷ Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », *op.cit.*, p. 420.

⁸³⁸ « Although they constitute an undeniable success, the provisions of the Vienna Convention on reservations have not solved all problems arising from this legal institution ». *Ibid.*, p. 424.

⁸³⁹ A cet égard, le rapporteur spécial considère que le terme validité est « assez neutre ». Au demeurant, il concède à utiliser le mot « licéité » qui paraît plus approprié et plus précis. Voir A/CN.4/470, *Premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités : Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, Rapport soumis par Alain Pellet Rapporteur spécial sur les réserves aux Traités, Annuaire de la Commission du droit international, Vol. II-1, 1995, p. 155.

⁸⁴⁰ Ekatarina Yahyaoui Krivenko, *Women, Islam and international law, op.cit.*, p. 82.

juge non permise la considère comme inacceptable), soit que la réserve non permise rend nulle l'acceptation par l'État de l'ensemble du traité »⁸⁴¹. Les positions de ce dernier représentent pour le Rapporteur spécial de la commission du droit international, « la quintessence » de l'école de la permissibilité plaidant pour une évaluation objective de l'admissibilité de la réserve.

Au contraire, l'école de l'opposabilité soutient que « la validité d'une réserve dépend exclusivement de son acceptation par un autre Etat contractant »⁸⁴², ce qui fait d'elle la meneuse du plaidoyer pour la subjectivité de la détermination de la nature des réserves. De ce fait, l'école de l'opposabilité n'accorde à l'article 19 de la convention de Vienne qu'une simple fonction de guidance en ce qui concerne la détermination de la validité de la réserve⁸⁴³. A cette théorie, l'école de la permissibilité répond que « la question de l'opposabilité est une question secondaire et présuppose la permissibilité de la réserve »⁸⁴⁴.

Ces remarques donnent lieu à certaines conclusions concernant les retombés pratiques des deux théories. Ainsi, en évoquant la présence de questions préliminaires et de questions secondaires, l'école de la permissibilité avance l'idée qu'il existe un test de la validité (ou de la licéité) de la réserve. Dans ce sens, les organes de contrôle des traités auraient un rôle accrue dans la détermination de la validité préliminaire d'un traité, et ce avant même que des objections lui soient opposées. Au contraire, la théorie subjective suppose qu'aucun organe de contrôle, de règlement des différends ou autre n'aurait le droit de déclarer une réserve inadmissible puisque cette prérogative est de l'apanage des parties au traité.

En effet, même si la solution de l'opposabilité semble aller de pair avec l'esprit de la convention qui n'a déterminé aucun procédé spécifique eu égard de la détermination de l'admissibilité d'une réserve ; la solution de la permissibilité nous paraît plus logique puisque l'article 19 n'aurait aucun intérêt dans le cas contraire. Par ailleurs, une convention aspirant à poser des normes ne gagne rien à incorporer de simples « assertions doctrinales »⁸⁴⁵ en son sein.

⁸⁴¹ Sir Derek Bowett, « Reservations to non-restricted multilateral treaties », *British Yearbook of international law*, vol. 48, 1976-1977, p. 88.

⁸⁴² José Maria Ruda, « Reservations to treaties », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff publishers, T. 146, 1975, p. 190.

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ Sir Derek Bowett, « Reservations to non-restricted multilateral treaties », *op.cit.*, p. 88.

⁸⁴⁵ José Maria Ruda, « Reservations to treaties », *op.cit.*, p. 190.

Par ailleurs, et comme l'avance Imbert, « la clause liminaire de l'article 19 reconnaît un droit aux Etats, mais il ne s'agit que du droit de « formuler » des réserves »⁸⁴⁶. Dès lors, l'expression « formuler » est sciemment choisie afin de nier la liberté absolue pour l'émission des réserves. Il ne suffit pas pour un Etat de déclarer une réserve, il faut d'abord que cette dernière réponde à un certain nombre de pré-requis et de réussir le test de la compatibilité aux dispositions de l'article 19.

Concernant le cas du paragraphe (a) de l'article 19, il s'agit des cas d'interdiction explicite de la formulation des réserves. Il peut s'agir d'une interdiction générale, comme l'est le cas pour le statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998 qui dispose dans son article 120 que « le présent Statut n'admet aucune réserve » ou dans l'article 20 de convention de Genève sur les droits d'auteur. Par ailleurs, des situations peuvent advenir où la convention énumère les articles auxquels il est interdit de formuler des réserves comme on peut l'observer dans l'article 42 paragraphe 1 de la convention relative au statut des réfugiés du 28 Juillet 1951. Enfin, la commission de droit international a considéré que les clauses interdisant certaines catégories de réserves tombent sous le régime de l'article 19 paragraphe a de la convention de Vienne, et ce dans le but de préserver l'unité du régime de réserves⁸⁴⁷.

Le paragraphe (b) pour sa part concerne ce qui a été qualifié par Pellet d'interdiction implicite des réserves⁸⁴⁸. Pour autant, selon l'auteur, ce paragraphe ne constitue pas une expression négative du paragraphe (a)⁸⁴⁹. Le paragraphe (b) exige en effet que toutes les réserves qui ne sont pas déterminées au sein du traité soient exclues, ce qui mène à se poser des questions sur les moyens d'identifier une réserve déterminée. A ce sujet, la commission de droit international a considéré qu'« une réserve devait être considérée comme déterminée si une clause de réserves indiquait les dispositions du traité auxquelles une réserve était possible ou [...] précisait que des réserves étaient possibles au traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers »⁸⁵⁰. On peut ainsi considérer que l'article 57 de la convention Européenne des droits de l'homme constitue un modèle de détermination des réserves puisqu'elle dispose dans son article 57 que « 1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au

⁸⁴⁶ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 83.

⁸⁴⁷ Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », *op.cit.*, p. 437.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), *Rapport de la commission de droit international à l'assemblée générale sur les travaux de sa 58ème session*, Commission de droit international, Annuaire de la commission du droit international, Vol. II, 2006. p. 161.

sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article. 2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause ». Ainsi, la réserve est limitée par des conditions autant matérielles que formelles. Quant à la réserve elle-même, cette dernière ne peut être de caractère vague et doit se justifier par la législation interne au moment de son émission. Par ailleurs, elle doit viser une clause en particulier et être accompagné d'un exposé permettant de saisir la volonté de l'Etat la formulant et l'étendu qu'il souhaite accorder à la réserve.

S'agissant des effets des réserves entre les parties au traités, la réponse est simple. En effet, «lorsqu'une réserve qui n'est pas interdite par le traité est formulée, les autres États ont à faire savoir s'ils l'acceptent ou s'ils la rejettent, alors que s'il s'agit d'une réserve interdite par le traité, ils n'ont pas à le faire puisqu'ils se sont déjà prononcés contre elle dans le traité lui-même»⁸⁵¹.

Ainsi, la réponse pour les réserves interdites est simple puisque ces dernières sont automatiquement écartées et ne nécessitent pas l'intervention des Etats parties au traité. Par contre, si une réserve passe le test établi par les trois paragraphes de l'article 19, il est mentionné dans l'article 20 paragraphe 5 que « une réserve est réputée avoir été acceptée par un Etat si ce dernier n'a pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification, soit à la date à laquelle il a exprimé son consentement à être lié par le traité, si celle-ci est postérieure ». Suite à cette acceptation, la réserve peut commencer à produire ses effets. Ainsi, il est dit que l'article 21 instaure le principe de la réciprocité des réserves⁸⁵². Dès lors, si une réserve modifie pour l'Etat auteur les dispositions visées par cette dernière dans ses rapports avec les parties (article 21 paragraphe 1.a), alors, il serait inapproprié que les parties acceptant ces modifications ne puissent pas bénéficier du même privilège. Dès lors, la réserve modifie ces dispositions pour la partie acceptante dans ses rapports avec l'Etat réservataire (article 21 paragraphe 1. b). Pour autant, cette situation ne modifie pas l'équilibre général du traité et ne modifie donc pas les dispositions pour les parties dans leurs rapports *inter se* (article 21 paragraphe 2). Cette

⁸⁵¹ A/CN.4/144, *Premier rapport du Rapporteur spécial Sir Humphrey Waldock sur le droit des traités*, commission de droit international, Annuaire de la commission de droit international, Vol. II, 1962, p. 74.

⁸⁵² José Maria Ruda, «Reservations to treaties », *op.cit.*, p. 196.

disposition permet donc de restaurer l'équilibre atteint par la réserve et de préserver intact le consentement de toutes les parties au traité.

Par ailleurs, il serait tout à fait logique de considérer qu'une objection produirait des effets différents de ceux de l'acceptation du réserve. Ainsi, aux termes de la convention, il est possible pour l'Etat objectant de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui et le réservataire. Dans le cas contraire, la convention dispose que « les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux Etats, dans la mesure prévue par la réserve ». Dans ce sens, il est légitime de se poser des questions sur les différences entre cette situation et celle de l'acceptant puisque l'écart entre les deux semble invisible. Selon certains, l'objection serait pour son auteur une réserve du droit d'agir dont l'acceptant est dépourvu par le biais de sa position positive à la réserve⁸⁵³.

En somme, il semble que le régime des réserves de la convention de Vienne est tiraillé entre plusieurs impératifs. L'équilibre, le consentement, la liberté et la souveraineté des Etats parties sont autant de considérations qui ont participé à donner à la convention sa forme actuelle. Un régime qui réussit à être précis tout en gardant des zones ambiguës comme c'est le cas pour le paragraphe (c) de l'article 19.

2. La question de la compatibilité avec l'objet et le but du traité

Le système panaméricain adopté par la convention de Vienne permet certes d'assurer la flexibilité nécessaire à l'extension de la portée des traités. Cependant, c'est justement cette extrême flexibilité qui constitue le point faible de ce système puisqu'il est considéré que cette dernière réduit les traités multilatéraux à une sorte de réseaux de traités bilatéraux⁸⁵⁴. Ainsi, le risque est que chaque groupe de signataires se mette d'accord sur une application spécifique du traité qui est en rupture totale avec la lecture initiale ou même aux différentes lectures en place grâce à un régime de réserves trop permissif. Dès lors, le traité disparaît au profit des différents intérêts, il perd son essence, sa raison d'être.

Dans le but de préserver l'intégrité du traité et de prévenir le fait qu'il soit morcelé, il eut fallu tempérer le relativisme du système panaméricain en ajoutant un critère qui s'applique de manière transversale à toutes les réserves. C'est-à-dire qu'il ne suffit pas qu'une réserve soit admise dans le cadre d'un traité, encore faut-il qu'elle réponde aux exigences de ce critère

⁸⁵³ Massimo Coccia, «Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights», *California Western International Law Journal*, 1985, pp. 37-38.

⁸⁵⁴ Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », *op.cit.*, p. 443.

visant à sauvegarder la cohérence du texte. C'est dans ce cadre qu'il faut inscrire le paragraphe 19 (c) de la convention de Vienne qui vise à exclure toutes les réserves qui « dans les cas autres que ceux visés au alinéas (a) et (b), la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité ». A la lecture de ce paragraphe, il est clair que le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité se pose comme un test de validité universel de la réserve puisque l'inexistence d'interdiction explicite ou implicite ne sont pas suffisants pour déterminer l'admissibilité d'une réserve⁸⁵⁵. Ainsi, la compatibilité avec l'objet et le but du traité est aujourd'hui considérée comme une règle coutumière du droit international qui n'est pas à réviser ou à remettre en question⁸⁵⁶. Pourtant, cet ancrage ne nous défend pas de poser des questions sur la nature du critère et de mettre en lumière son ambiguïté conceptuelle et la difficulté de son application *in concreto*.

Concernant la notion d'objet et but du traité, il est permis de commencer par la conclusion qu'il s'agit d'une énigme⁸⁵⁷. Il a été même soutenu que le concept, « au lieu réduire le potentiel de conflits futurs, en plante les graines »⁸⁵⁸. En effet, cette position, loin d'être isolée, découle des difficultés à définir l'objet et le but du traité ou à spécifier les méthodes de les déterminer.

Il faut noter que le concept d'objet et du but du traité est présent à huit reprises au sein de la convention de Vienne⁸⁵⁹. A chaque fois, la formulation est telle qu'elle démontre l'importance du concept comme un critère tant pour évaluer la compatibilité des réserves aux traités que pour interpréter ces derniers ou déterminer l'étendue des libertés accordées des parties au sein du traité. En somme, il en ressort que le but du critère est de préserver l'essence du traité contre toutes les manœuvres pouvant l'atteindre négativement. Pour autant, aucune définition du concept de l'objet et du but du traité n'est offerte à l'occasion de ces huit usages de la convention de Vienne. Il faut avouer que cette situation est assez contradictoire puisque la convention présente la notion comme méthode interprétative (article 31.1) alors que la méthode elle-même aurait besoin d'être interprétée.

⁸⁵⁵ « the admissibility of a reservation cannot be assumed simply on the ground that it is, or purports to be, a reservation to an article to which reservations are permitted ». Sir Derek Bowett, « Reservations to non-restricted multilateral treaties », *op.cit.*, p. 72.

⁸⁵⁶ Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », *op.cit.*, p. 245.

⁸⁵⁷ Isabelle Buffard et Karl Zemanek, « The object and purpose of a treaty : An enigma ? », *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 3, 1998.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 343.

⁸⁵⁹ Voir les articles 18, 19 (c), 20.2, 31.1, 33.4, 41.1(b)(ii), 58.1(b)(ii) et 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

Considérant l'incapacité de faire parler explicitement le texte quant au sens spécifique de la notion de but et d'objet du traité, il serait profitable de revenir à l'avis consultatif de la CIJ de 1951 sur les réserves à la convention sur la prévention du génocide dont le rôle a été déterminant à cet égard. A cet effet, la Cour confirme que « l'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée Générale et chez les Etats qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs Etats, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base. On ne conçoit pas que les contractants aient pu facilement admettre qu'une objection à une réserve mineure puisse produire un tel résultat. Mais on pourrait moins encore prêter aux contractants la pensée d'avoir sacrifié à la vaine recherche du nombre des participants les fins mêmes de la Convention. L'objet et le but de celle-ci assignent ainsi des limites tant à la liberté d'apporter des réserves qu'à celle d'y objecter. Il en résulte que c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'Etat qui joint une réserve à son adhésion et de l'Etat qui estime devoir y faire une objection. Telle est la norme de conduite qui doit guider chaque Etat dans l'appréciation qu'il lui appartient de faire individuellement et pour son propre compte de la régularité d'une réserve »⁸⁶⁰.

Ce paragraphe recèle plusieurs enseignements. Premièrement, et contrairement à la convention de Vienne, la cour estime que la compatibilité avec l'objet et le but de la convention est un critère qui s'applique tant aux réservataires qu'aux objectants. Elle considère donc que la protection du traité nécessite une imposition du critère des deux cotés, alors que le traité n'exerce pas de limites au niveau des objections. Ceci veut dire que les rédacteurs du traité ont estimé que seules les réserves sont à même de nuire au traité alors que les objections ne constituent que des réactions légitimes. Deuxièmement, la Cour non plus n'offre pas de définition exacte ou même de début de définition de la notion de l'objet et du but du traité. Plutôt, elle exerce une méthode qui permet d'en saisir les contours. Elle cherche l'intention des rédacteurs du traité, les principes qui sont à sa base et l'idée derrière l'adhésion des contractants au texte en question. Dès lors, la Cour tente de découvrir la raison d'être du traité⁸⁶¹. Evidemment, cette méthode ne peut être concluante d'un point de vue de précision puisque le but recherché est une abstraction et que la méthode, elle même, est abstraite. C'est pour cela qu'on sent, à partir de ce paragraphe, que la Cour essaie d'agir d'une manière

⁸⁶⁰ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op.cit.*, p. 24.

⁸⁶¹ Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », *op.cit.*, p. 451.

empirique. D'ailleurs, il est possible d'observer dans son attitude générale une tentative de coller aux aspects concrets du texte (titre, préambule, travaux préparatoires, etc.) afin de déduire l'objet et le but du traité⁸⁶². D'ailleurs, la Cour ne déroge pas à cette méthode au sein de son avis de 1951 puisqu'elle justifie ses moyens de déterminer l'objet et le but du traité de la sorte : « Les origines et le caractère de la Convention, les fins poursuivies par l'Assemblée Générale et par les parties contractantes, les rapports que présentent les dispositions de la Convention entre elles et avec ces fins, fournissent des éléments d'interprétation de la volonté de l'Assemblée Générale et des parties. Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme (un crime de droit des gens) impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (1) de l'Assemblée Générale, II décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire (pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux) (préambule de la Convention) »⁸⁶³. Le concept est donc clairement volatil, mais la Cour tente d'y insérer autant d'élément objectifs que possible et ce à partir d'une lecture de la portée téléologique du texte. Ainsi, malgré la fluidité du concept, la CIJ tient à le poser comme un critère cardinal devant guider la pratique des Etats afin d'apprécier la validité de leurs entreprises par rapport à un traité donné. A cet effet, il n'est guère surprenant que les opinions dissidentes à l'avis de 1951 aient eu pour base de critiquer l'inefficacité d'un concept difficile à saisir lui même⁸⁶⁴.

⁸⁶² Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », *op.cit.*, p. 448.

⁸⁶³ *Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op.cit.*, p.

⁸⁶⁴ « Au surplus, nous avons peine à entrevoir comment la nouvelle règle pourra fonctionner. Quand une règle est proposée aux fins de régler un litige, elle doit être d'une application aisée et doit aboutir à des résultats définitifs et cohérents. Nous ne pensons pas que la règle dont il s'agit remplisse l'une ou l'autre de ces conditions. i) La règle s'articule autour de la phrase : « si la réserve est compatible avec l'objet et le but de la Convention ». Quels sont (l'objet et le but) de la Convention sur le génocide ? La répression du génocide ? Cela va de soi, mais n'y a-t-il rien de plus ? Englobent-ils certains articles ou bien tous les articles relatifs à la mise en œuvre de la Convention ? Tel est le nœud de la question ». *Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Opinion dissidente de M. Guerrero, Sir Arnold Mc Nair, MM. Read et Hsu Mo, p. 44.

A cette volatilité du concept, s'ajoute une problématique terminologique et qui a trait à l'usage interprétatif qu'on lui accorde. Alors, s'est posée la question de savoir si l'objet et le but du traité étaient synonymes ou alors deux concepts distincts à utiliser conjointement⁸⁶⁵.

A ce sujet, deux théories s'opposent. La première théorie, dont à l'origine se trouve l'école française de droit international, consiste à séparer l'objet et le but du traité. Selon Philippe Weckel : « l'objet est une finalité, le but immédiat recherché par les parties » alors que le but est « la raison de l'objet, la situation en vue de laquelle l'objet est donné ; l'objet est l'instrument du but »⁸⁶⁶. Serge Sur ne s'éloigne pas de cette position en plaçant lui aussi l'objet comme une façade du but. A cet effet, il considère que « la notion d'objet recouvre le premier et le plus apparent des éléments matériels de l'acte. D'une manière générale, on vise par là son contenu substantiel »⁸⁶⁷.

L'école germanique et anglaise est plutôt sceptique à cette position⁸⁶⁸ réduisant la distinction à une simple question de sémantique sans réel impact sur l'interprétation effective des traités⁸⁶⁹. Ils sont mêmes arrivés à discréditer l'idée en considérant vain de déterminer distinctement le but et l'objet puisque ces derniers ne sont ni statiques ni fixés au moment de la création du traité⁸⁷⁰. Dès lors, il semble sans intérêt de distinguer des niveaux ouverts au changement et de chercher au lieu de ça l'architecture générale du traité.

Buffard et Zemanek ont tenté dans leur étude de considérer les deux expressions séparément au niveau du sens mais conjointement au niveau de l'usage, permettant ainsi de joindre les positions des deux écoles mais d'étendre le champ de l'analyse téléologique du traité⁸⁷¹. Pourtant, à la confrontation de cette hypothèse à plusieurs textes du droit international, les deux auteurs en viennent à la conclusion que la méthode utilisée ne peut atteindre le niveau d'une détermination objective à la lumière du critère, que face à un traité « spécialement structuré »⁸⁷² et qu'alors qu'il est facile de déterminer le but du traité à partir

⁸⁶⁵ Isabelle Buffard, Karl Zemanek, « The object and purpose of a treaty : An enigma ? », *op.cit.*, p. 322.

⁸⁶⁶ Philippe Weckel, *La concurrence des traités internationaux*, Thèse pour le Doctorat en Droit, sous la direction de Jean-Paul Jacqué, Université Robert Schuman Strasbourg, 1989, pp. 25-26.

⁸⁶⁷ Serge Sur, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, p. 227.

⁸⁶⁸ Isabelle Buffard, Karl Zemanek, « The object and purpose of a treaty : An enigma ? », *op.cit.*, p. 327.

⁸⁶⁹ « The best solution of this question of semantics, therefore, is to consider the expression 'object and purpose' as a unitary one reflecting two closely interrelated aspects of a single idea ». Maarten Bos, *A methodology of international law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1984, p. 153.

⁸⁷⁰ Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », *op.cit.*, p. 449.

⁸⁷¹ Isabelle Buffard, Karl Zemanek, « The object and purpose of a treaty : An enigma ? », *op.cit.*, pp. 330 et suiv.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 342.

d'éléments présents dans le préambule et ou dans les travaux préparatoires, l'objet reste tout de même une notion « évasive »⁸⁷³.

Face donc à un concept vague et dont la nature n'a pas pu être tranchée ni au niveau des textes, ni au niveau de l'autorité jurisprudentielle ou doctrinale, il ne faut donc pas s'étonner que le guide pour la formulation des réserves se soit résolu à l'usage de termes vagues et généraux⁸⁷⁴ tout en essayant d'offrir des moyens d'interprétation objectifs⁸⁷⁵. Il semble donc que l'équilibre voulu par la convention de Vienne ne doit pas être pris pour acquis. La mesure pour définir la validité substantielle d'une réserve ayant elle-même besoin constamment de définition. Dès lors, on peut comprendre que, plus que la simple possibilité de formuler des réserves en respect pour la souveraineté des parties, le système fait face à l'ambiguïté, peut être voulue, de ses propres termes.

Ces considérations ont certainement des répercussions pratiques, surtout concernant les traités relatifs aux droits de l'homme puisque ces derniers se réclament de certaines spécificités.

B. Les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme

Dans le contexte spécifique des traités relatifs aux droits de l'homme, le régime des réserves soulève plusieurs controverses. Bien que ces dernières ne constituent au regard du rapporteur spécial de la commission du droit international qu'un simple « malentendu »⁸⁷⁶ naissant du fait de poser les mauvaises questions ; la question ne semble pas moins problématique. L'idée découle, en effet, de la conviction qu'un traité relatif aux droits de l'homme a des qualités spécifiques, faisant de lui un traité à part (1). Par ailleurs, beaucoup de questions sont posées quant au rôle assigné aux organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme (2).

⁸⁷³ Isabelle Buffard, Karl Zemanek, « The object and purpose of a treaty : An enigma ? », *op.cit.*, p. 342.

⁸⁷⁴ « Une réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité si elle porte atteinte à un élément essentiel du traité, nécessaire à son économie générale, de telle manière que sa raison d'être se trouve compromise ». A/66/10/Add.1, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, *op.cit.*, directive 3.1.5.

⁸⁷⁵ « L'objet et le but du traité doivent être déterminés de bonne foi, en tenant compte de ses termes dans leur contexte, en particulier du titre et du préambule du traité. On peut également avoir recours aux travaux préparatoires du traité et aux circonstances de sa conclusion et, le cas échéant, à la pratique subséquente des parties ». *Ibid.*, directive 3.1.1.5.

⁸⁷⁶ A/CN.4/477 et Add.1, *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, Rapport soumis par Alain Pellet Rapporteur Spécial sur les réserves aux Traités, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(1), 1996, p. 70.

1. La spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme

Les traités relatifs aux droits de l'homme posent la question de l'impact de la nature du traité sur le régime de réserves qui lui est applicable. Ainsi, il est soutenu qu'à la différence des traités « contractuels » où les parties s'engagent à réaliser des obligations entre elles en respectant le principe de réciprocité, les traités normatifs contiennent un autre type d'obligations qui ne peuvent être justifiées par ledit principe. Dans le cas des traités relatifs aux droits de l'homme, les Etats s'obligent à réaliser des obligations envers des individus, leurs propres citoyens⁸⁷⁷, et non pas à l'égard de cocontractants. L'intérêt justifiant l'adoption du traité ne réside pas donc dans les gains divers réalisés par chaque partie mais plutôt par l'idée d'un bien commun retrouvé dans des principes universels et qui ne sont pas sujets à la négociation. Ainsi, à ce dernier type de traités, la logique de la convention de Vienne qui, elle, est basée sur le principe de la réciprocité, serait inadaptée.

Face à cette position, l'avis de la commission des droits de l'homme choisit deux axes cherchant à démontrer que, malgré ses qualités spécifiques, un traité relatifs aux droits de l'homme reste tout de même un traité et est donc soumis aux règles admises au sein de la convention de Vienne. Premièrement, la commission soutient que, abstraction faite des articles directement relatifs aux droits de l'homme, ces traités comportent des clauses typiquement contractuelles⁸⁷⁸. Il en ressort que dans un traité relatif aux droits de l'homme, seuls les articles directement liés au sujet sont normatifs alors que le traité garde son caractère spécifiquement contractuel et imposant des obligations de manière réciproque aux parties. Deuxièmement, la commission avance que les traités relatifs aux droits de l'homme ne sont pas les seuls à receler un caractère normatif puisqu'ils partagent ce critère avec les traités relatifs à l'environnement et généralement tout traité « édictant des règles uniformes »⁸⁷⁹. En tentant de démontrer que cette particularité n'est pas exclusive aux traités relatifs aux droits de l'homme, la commission présente ses arguments pour prouver que ce genre de traités ne peut en aucun cas aspirer à un traitement spécial quant au régime des réserves et qu'on ne peut clairement pas altérer l'unité de l'application de ce régime.

⁸⁷⁷ « Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges ». *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op.cit.*, p. 23.

⁸⁷⁸ A/CN.4/477 et Add.1, *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, *op.cit.*, p. 58.

⁸⁷⁹ *Ibid.*

La position de la commission se justifie par les buts derrière la convention de Vienne qui cherche à établir une balance entre l'universalité et l'intégrité du traité. A cet effet, il importe de préserver cet équilibre qui, dans son imperfection, a été capable d'atteindre un consensus général sur la pratique des Etats lors de l'adhésion aux principes d'un traité. A ce titre, la commission confirme que « ce régime est, par sa souplesse et sa flexibilité, adapté aux particularités des traités normatifs, y compris aux instruments relatifs aux droits de l'homme; à défaut d'assurer leur intégrité absolue, ce qui ne serait guère compatible avec la définition même des réserves, il préserve l'essentiel de leur contenu et garantit que celui-ci n'est pas dénaturé »⁸⁸⁰. Voilà donc le point cardinal qui doit passer au dessus de toutes les considérations. L'unité du régime des traités et sa capacité de contenir tous les types d'obligations interétatiques naissant dans le cadre de l'espace du droit international. Nous nous trouvons dans une situation où il faut choisir un intérêt qui primerait sur l'autre : l'intégrité des traités relatifs aux droits de l'homme ou l'intégrité du droit des traités. Selon la logique de la commission, si ce dernier commence à admettre des exceptions, il sera fractionné à l'infini par tous les phénomènes nouveaux en droit international et qui se réclament tous de leurs caractères spécifiques.

Dès lors, la commission soutient l'application générale du régime des réserves de la convention de Vienne et considère que sa flexibilité lui permet de saisir toutes les situations qui se posent à lui. Dans le cadre des traités relatifs aux droits de l'homme, c'est l'obligation de compatibilité avec le but et l'objet du traité qui se présente comme un garde-fou contre toutes les propositions de réserves qui ont pour effet de toucher à l'essence du traité et à sa raison d'être.

Pourtant, dans l'observation générale numéro 24⁸⁸¹, le comité des droits de l'homme considère que même le critère de l'objet et du but du traité dans sa forme actuelle ne peut pas pallier à l'inadaptabilité du régime des réserves⁸⁸². En effet, le comité ne dénigre pas la

⁸⁸⁰ A/CN.4/477 et Add.1, *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, *op.cit.*, p. 70.

⁸⁸¹ HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), *Observation Générale 24 : Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, Comité des droits de l'homme.

⁸⁸² « Mais le Comité est d'avis que les dispositions de la Convention concernant le rôle des objections des Etats aux réserves ne permettent pas de régler le problème des réserves émises à l'égard des instruments relatifs aux droits de l'homme. Ces instruments, et le Pacte tout particulièrement, ne constituent pas un réseau d'échanges d'obligations interétatiques. Ils visent à reconnaître des droits aux individus. Le principe de la réciprocité interétatique ne s'applique pas, sauf peut-être dans le contexte limité des réserves aux déclarations touchant la compétence du Comité faites au titre de l'article 41. Etant donné que les règles classiques sur les réserves sont

légitimité du critère de compatibilité mais plutôt la limitation de son rôle si on prend en considération la configuration actuelle du régime des réserves basé sur la réciprocité interétatique. Le comité déplore essentiellement l'impossibilité de déterminer la compatibilité avec le critère en cas d'absence d'objections et que ces dernières, prérogative exclusive aux Etats, ne comportent généralement pas de déterminations claires de leurs motifs, seulement la mention du but qu'elles recherchent.

En considérant ces éléments, tant les arguments de la commission du droit international et de la commission semblent justifiées. Ainsi, il est vrai que les traités relatifs aux droits de l'homme sont au final des traités et qu'il ne peuvent pas aspirer à un statut différent au titre de leurs spécificités. Dans ce sens, les arguments avancés par la commission du droit international sont tout à fait compréhensibles. Pour autant, cela ne veut pas dire que des mesures spécifiques ne peuvent pas être prises pour respecter la nature spéciale de ces traités tout en restant dans le cadre posé par la convention de Vienne. Il est possible de trouver des moyens techniques afin de réconcilier l'intégrité des traités relatifs aux droits de l'homme avec l'idée de l'unité du droit des traités⁸⁸³. A cet effet, l'idée la plus importante est celle du renforcement du rôle des organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme.

2. Le rôle des organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme

L'examen du rôle des organes de surveillance des traités nous met face à deux questions relatives à la compétence de ces derniers, quant à la détermination de la nature d'une réserve et quant à la détermination de l'effet de cette dernière dès lors qu'il s'agit d'un traité relatif aux droits de l'homme.

a. Le rôle des organes de surveillance des traités dans la détermination de la nature d'une réserve

Concernant la détermination de la nature des réserves, il faut dire que contrairement aux instruments régionaux qui disposent d'organes de supervision capables d'émettre des positions obligatoires à l'égard des parties, les instruments généraux des droits de l'homme disposent d'organes de surveillance beaucoup moins habilités en ce domaine.

tout à fait inadaptées, souvent les Etats n'ont pas vu l'intérêt juridique s'agissant du Pacte, ni la nécessité d'élever une objection aux réserves ». *Ibid.*, paragraphe 17.

⁸⁸³ Alain Pellet, « Reservations to treaties and the integrity of human rights », in Scott Sheeran, Sir Nigel Rodley (dir.), *Routledge handbook of international human rights law*, New York, Routledge, 2013, p. 337.

En effet, la compétence des tribunaux régionaux à émettre des avis opposables aux Etats a permis de faire évoluer la pratique en matière de réserves. Le meilleur exemple à cet effet est l'arrêt du 29 avril 1988 rendu par la Cour Européenne des droits de l'homme à l'occasion de l'affaire *Belilos*⁸⁸⁴. Dans cette affaire, la Cour décida qu'une déclaration interprétative formulée par la Suisse était en effet une réserve⁸⁸⁵. Suivant cette interprétation servant à requalifier la déclaration de la Suisse, la Cour procède à un test de compatibilité avec ce qui est aujourd'hui l'article 57 de la convention Européenne des droits de l'homme et considère la déclaration transformée en réserve comme étant invalide. La Cour s'est basée sur des dispositions spécifiques permettant de délimiter le champ des réserves en interdisant les celles jugées comme générales et en imposant aux Etats de joindre un exposé explicatif permettant de fournir des éléments d'évaluation de leur validité. De ce fait, cet organe juridictionnel se voit investi d'un rôle lui permettant de déterminer la validité d'une réserve tout en mettant de côté le jeu de l'article 20 de la convention de Vienne. Cette jurisprudence est devenue une pratique ancrée et une compétence reconnue. Cette dernière ne saurait même pas être limitée par la volonté des Etats émettant des réserves à cet égard. C'est ainsi que la Cour a estimé dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*⁸⁸⁶ que les restrictions formulées par l'Etat à sa compétence, admise dans l'article 25, est contraire à cet article. Pour autant, il faut rappeler que l'impact du précédent créé par l'affaire *Belilos* à cet égard est limité à l'espace Européen. La question se présente différemment dès lors qu'il s'agit des instruments universels.

Au niveau universel, la question de la validité des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme est beaucoup plus compliquée. En effet, il n'existe pas de régulation explicite en droit international à ce sujet, ni même une coutume détectable. Par ailleurs, même les traités qui ont créé des organes de surveillance n'accordent pas un rôle décisif à ces derniers⁸⁸⁷. Enfin, donner le même effet à une réserve valide ou non valide en ne prévoyant

⁸⁸⁴ *Belilos c. Suisse (Requête no 10328/83)*, Arrêt, *Cour Européenne des droits de l'homme*, 29 avril 1988..

⁸⁸⁵ La compétence de la cour à interpréter et déterminer la validité des réserves a été reconnues précédemment par la commission des droits de l'homme dans l'affaire *Temeltasch* : « même à supposer qu'une valeur quelconque puisse être accordée à une acceptation ou à une objection formulée à l'égard d'une réserve à la Convention, cela ne saurait exclure la compétence de la Commission de se prononcer sur la conformité avec la Convention d'une réserve ou d'une déclaration interprétative donnée ». *Temeltasch c. Suisse* (Requête n° 9116/80), Arrêt, *Cour Européenne des droits de l'homme*, 12 octobre 1981, Décisions et rapports n° 31, para. 61.

⁸⁸⁶ *Loizidou c. Turquie (Requête no 15318/89)*, Arrêt, *Cour Européenne des droits de l'homme*, 18 décembre 1996.

⁸⁸⁷ En 1978, dans un avis juridique adressé au Directeur de la Division des droits de l'homme par le Bureau des affaires juridiques, le comité pour l'élimination de la discrimination raciale précise que « Le comité doit tenir compte des réserves faites par les États parties au moment de la ratification ou de l'adhésion; il n'a pas autorité pour agir autrement. Une décision, même unanime, du Comité suivant laquelle une réserve ne serait pas

aucun moyen de contrôler le flux des restrictions aux traités apparaît comme un non sens surtout lorsqu'il s'agit d'un traité relatif aux droits de l'homme⁸⁸⁸.

A cet effet, le comité des droits de l'homme dans sa très controversée observation générale n°24, a déclaré que « il incombe nécessairement au Comité de déterminer si une réserve donnée est compatible avec l'objet et le but du Pacte, en partie parce que, comme on l'a vu plus haut, cette tâche n'est pas du ressort des Etats parties s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme, et en partie parce que le Comité ne peut se soustraire à cette tâche dans l'exercice de ses fonctions. [...] En raison du caractère particulier d'un instrument relatif aux droits de l'homme, la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du Pacte doit être établie objectivement, en se référant à des principes juridiques. Le Comité est particulièrement bien placé pour s'acquitter de cette tâche »⁸⁸⁹.

L'argumentation du comité ne rejette pas l'essentiel de la convention de Vienne. Au contraire, elle reconnaît le critère de détermination de la validité d'une réserve. Pourtant, elle rejette le jeu des objections et de l'acceptation des réserves tout en s'estimant bien placée pour effectuer le rôle du contrôle substantiel des réserves. On peut soutenir que le comité n'avance pas d'arguments juridiques mais plutôt fonctionnels dû au fait qu'il n'existe pas d'arguments vraiment juridiques à cet égard⁸⁹⁰. La première considération est que le comité ne peut privilégier d'une autorité s'imposant aux Etats sans que cette dernière soit explicitement exprimée par eux. Ainsi, le comité ne peut s'arroger cette prérogative de manière unilatérale même s'il est bien placé de par ses fonctions à remplir ce rôle. Cette évidence est adossée à d'autres considérations qui ont été détaillées par la commission de droit international. Au fil des rapports et enfin dans le guide pour la pratique des réserves, la commission confirme que seules les réserves valides sont admises par le jeu des objections et des acceptations et elles rentrent uniquement donc dans le cadre de la convention de Vienne⁸⁹¹. D'ailleurs, la commission renforce cette idée en précisant que « une réserve qui ne respecte pas les

acceptable ne pourrait avoir aucun effet juridique ». A/33/18 du 10 novembre 1978, *Observer Status for the agency for cultural and Technical co-operation in the genral Assembly*, p. 106.

⁸⁸⁸ Ineta Ziemele, Lasma Liede, « Reservations to human rights treaties : From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6 », *EJIL*, Vol. 24, N. 4, 2013, p. 1143.

⁸⁸⁹ HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), *Observation Générale 24*, *op.cit.*, para. 18.

⁸⁹⁰ Elena A. Baylis, « General comment 24: Confronting the problem of reservations to human rights treaties », *Berkely Journal of international law*, Vol. 17, N. 2, 1999, p. 296.

⁸⁹¹ A/66/10/Add.1, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, *op.cit.*, para.3.3.3 : « L'acceptation d'une réserve substantiellement non valide par un Etat contractant ou par une organisation contractante n'a pas pour effet de remédier à la non-validité de la réserve ».

conditions de validité formelle et substantielle [...] est nulle de plein droit et, en conséquence, dépourvue de tout effet juridique »⁸⁹².

Par ailleurs, la commission s'est livrée à une longue contre argumentation concernant la capacité du comité à s'arroger une telle prérogative afin de démontrer que même s'il est bien habilité à jouer ce rôle et même s'il est autorisé à le faire, cela ne peut avoir d'effets que dans la limite du mandat du comité déterminé par le texte qui l'a créé⁸⁹³. Cette position a d'ailleurs eu un écho palpable dans le guide sur la pratique des réserves où il est confirmé que « en vue de s'acquitter des fonctions dont il est chargé, un organe de contrôle de l'application d'un traité peut apprécier la validité substantielle des réserves formulées par un Etat ou une organisation internationale » mais que « l'appréciation faite par un tel organe dans l'exercice de cette compétence n'a pas davantage d'effets juridiques que ceux de l'acte qui la contient »⁸⁹⁴.

Dès lors, il est clair que la doctrine défendue par le comité des droits de l'homme ne pouvait pas être soutenue vu le manque d'arguments juridiques en sa faveur. Ainsi, même si la position de cette dernière dans l'observation générale n° 24 est « un nouveau développement, destiné à répondre à des interrogations dont la Cour (CIJ) n'a jamais été saisie à l'époque et à résoudre des problèmes nouveaux ayant surgi par la suite »⁸⁹⁵ ; Il n'en reste pas moins qu'il s'est montré incapable de lever le défi quant à la détermination de la nature des réserves.

⁸⁹² A/66/10/Add.1, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, op.cit., para. 4.51.

⁸⁹³ « Si le Comité des droits de l'homme entendait par là qu'il lui incombe de prendre des décisions obligatoires pour les États parties, cette objection est très probablement fondée : les « observations », les « rapports » et les « constatations » adoptés par le Comité en application des articles 40 et 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou de l'article 5 du premier Protocole facultatif s'y rapportant n'ont certainement pas valeur juridiquement obligatoire. « Constaté » eut peut-être été plus exact mais il est certainement vrai que « la nature juridiquement obligatoire de toute "détermination" faite par le Comité, que ce soit à ce sujet ou autrement, est douteuse » (il ne faut pas trop lire dans le verbe « déterminer ») : le Comité peut prendre position sur la licéité ou l'illicéité des réserves formulées par les États parties au Pacte dans l'exercice de ses fonctions générales de surveillance de la mise en oeuvre de cet instrument, mais il ne faut pas confondre « la compétence de faire quelque chose avec l'effet obligatoire de ce qui est fait ». A/CN.4/477 et Add.1, *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, op.cit., p. 83.

⁸⁹⁴ A/66/10/Add.1, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, op.cit., para. 32.1.

⁸⁹⁵ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, Arrêt, C.I.J., Opinion individuelle commune de Mme le juge Higgins et MM. les juges Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma, Recueil 2006, p. 69.

b. Le rôle des organes de surveillance des traités dans la détermination de l'effet d'une réserve

S'agissant de la détermination de l'effet d'une réserve, la jurisprudence de l'affaire Belilos constitue encore une fois un point de départ. En effet, après avoir déclarée la réserve formulée par la Suisse comme étant invalide, la Cour Européenne des droits de l'homme a procédé à la détermination des effets de cette dernière. Ainsi, la Cour a considéré qu'une réserve invalide est nulle mais qu'elle ne compromet en aucun cas l'adhésion de l'Etat qui l'avait formulé au traité et qu'il « s'estime lié par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration »⁸⁹⁶. Cette position a d'ailleurs été réitérée dans l'affaire Loizidou faisant de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme la référence en la matière. Ainsi, elle se permet non seulement de déterminer la nature de la réserve mais s'estime aussi compétente pour déterminer l'effet de cette nature sur le statut de l'Etat l'ayant formulé.

Ceci étant, cette doctrine de la divisibilité ou de la dissociabilité entre le statut de l'Etat et la nature est loin d'être dénuée d'aspects problématiques. La Cour en concluant que l'Etat s'estime lié par le traité indépendamment du sort accordé à ses réserves, n'avait pas présenté beaucoup d'arguments en ce sens, mais a plutôt déduit l'intention de l'Etat partie d'adhérer au traité. Cette conception considère donc le traité comme une globalité, une vision générale à laquelle adhère un Etat, et mène à dissocier ses réserves du consentement général accordé *prima facie*. Seulement, cette position reste critiquable puisqu'elle ne prend pas en compte la dissociabilité des articles d'un traité, et le fait que le consentement de l'Etat puisse dépendre du sens accordé à chacun des éléments négociés à part et non pas du traité comme une entité globale. Plus encore, elle ignore la situation où justement l'adhésion de l'Etat au traité dépend de la réserve et l'effet qu'elle a sur le traité en général puisque cette dernière modifie son application à l'égard de l'Etat émetteur. Dans ce cas, la réserve pourrait être une condition de l'engagement de l'Etat aux termes du traité. Ainsi, il peut paraître malaisé de considérer que le consentement de l'Etat est présumé et ce même s'il s'agit d'un traité relatif aux droits de l'homme dont il faut préserver à la fois l'intégrité et l'universalité.

Malgré ces critiques, il ne faut pas négliger que les jurisprudences Belilos et Loizidou restent les plus importantes en la matière. Elles ont ainsi été suivies par le comité des droits de l'homme à l'occasion de son observation générale n° 24 qui a considéré que « la conséquence normale d'une réserve inacceptable n'est pas que le Pacte restera totalement lettre

⁸⁹⁶ *Belilos c. Suisse, op.cit.*, p. 22.

morte pour l'Etat auteur de la réserve. Une telle réserve est dissociable, c'est-à-dire que le Pacte s'appliquera à l'Etat qui en est l'auteur, sans bénéficier de la réserve »⁸⁹⁷. Dans ce sens, la commission du droit international a été aussi très critique à l'égard de cette position en considérant que : « il paraît au surplus singulier que les organes de contrôle puissent aller au-delà de ce que les États eux-mêmes peuvent faire dans leurs rapports *inter se*. Ainsi que cela résulte des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et conformément à la pratique, deux possibilités seulement leur sont ouvertes : l'exclusion de l'application de la disposition sur laquelle porte la réserve (art. 21, par. 1, al. a) ou de l'ensemble du traité (art. 20, par. 4, al. b); mais elles n'envisagent nullement « la possibilité que le traité puisse entrer en vigueur dans son intégralité à l'égard de l'État qui a formulé la réserve »⁸⁹⁸. Ainsi, la commission déplore que cette position du comité ignore le principe cardinal du consentement qui constitue « l'essence de tout engagement »⁸⁹⁹ et qu'elle se permette de s'approprier une compétence qui n'est pourtant pas reconnues aux Etats eux mêmes. A cet effet, la conclusion adoptée par la commission du droit international est tranchante puisqu'elle considère que « quel que soit son objet, un traité demeure un acte juridique dont le fondement repose sur la volonté des États, dont le sens ne saurait être présumé ou inventé. Les traités relatifs aux droits de l'homme n'échappent pas à la loi commune : leur objet et leur but n'opèrent aucune « transsubstantiation » et ne les transforment pas en une « législation » internationale qui s'imposerait aux États contre leur gré »⁹⁰⁰.

Malgré cette contradiction qui semble irréconciliable, il faut admettre que la position adoptée finalement par la commission de droit international dans le guide de la pratique des réserves aux traités choisit de se positionner au juste milieu. En ce faisant, elle tente de préserver le consentement des Etats tout en protégeant l'idée de l'universalité des traités. Ainsi, on peut trouver dans le guide des indications concernant la position de la commission quant au statut de l'auteur d'une réserve non valide. Ce dernier « dépend de l'intention exprimée par l'État ou l'organisation internationale qui a formulé la réserve sur la question de savoir s'il entend être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve ou s'il estime ne pas être lié par le traité »⁹⁰¹, d'où on peut déduire l'attachement au consentement de l'Etat comme base de toute forme d'engagement conventionnel. Par la sécurisation de cet élément essentiel,

⁸⁹⁷ HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), *Observation Générale 24*, *op.cit.*, para. 18.

⁸⁹⁸ A/CN.4/477 et Add.1, *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, *op.cit.*, p. 82.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 83.

⁹⁰¹ A/66/10/Add.1, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, *op.cit.*, para. 4.5.3 (1).

on peut observer une admission partielle du principe de la divisibilité ou plutôt une tentative de tempérer son application absolue. Ainsi, le guide pour la pratique concède qu' « à moins que l'auteur de la réserve non valide ait exprimé une intention contraire ou qu'une telle intention soit établie autrement, il est considéré comme État contractant ou organisation contractante sans le bénéfice de la réserve »⁹⁰².

Il ressort de tout ceci que le système général des réserves et spécifiquement celui des droits de l'homme souffre toujours de contradictions considérables entre points de vues différents. Le débat est toujours d'actualité entre le rôle que jouent les Etats en matière de traités relatifs aux droits de l'homme et l'importance de leurs consentements d'un côté ; et entre la protection des valeurs portées par le traités et de l'intégrité de sa vision mais aussi de leurs implications par rapport à leurs destinataires initiaux qui sont les individus rattachés aux Etats. Ainsi, la multiplication des zones d'ombres et des problématiques non résolues et l'absence de moyens de contrôle dont l'avis est opposable obligatoirement aux Etats permettent toujours de contourner l'esprit des traités relatifs aux droits de l'homme. Beaucoup estiment que la pratique des réserves islamiques à ces traités est l'exemple type de la défaillance du système qui sert à les préserver.

PARAGRAPHE 2 : La pratique des réserves islamiques aux traités relatifs aux droits de l'homme : L'exemple des réserves à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

A la lumière de ce qui a précédé sur le régime juridique des réserves et sur la sensibilité des traités relatifs aux droits de l'homme, et prenant en considération que ces derniers sont au centre du discours sur le pluralisme culturel et la diversité ; on peut imaginer que le jeu des réserves puisse une être méthode parfaite pour réaliser l'innovation intégrative par voie d'adaptation. Simplement, il ne s'agit pas là de s'adapter au contexte mais plutôt de l'adapter à ses propres structures. C'est dans ce sens que l'innovation est basée sur l'intégration, elle se fait dans les limites du possible juridique vécu à l'intérieur du système « hôte » de cette nouveauté. Malgré ceci, il ne faut pas ignorer qu'il y a toujours une innovation dans cette configuration puisque l'impact de l'adhésion aux traités relatifs aux droits de l'homme peut toujours être ressenti rien qu'en engageant le dialogue et le mouvement vers le changement ou en créant des failles dans le discours dominant et en

⁹⁰² A/66/10/Add.1, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, op.cit., para. 4.5.3 (2).

causant l'instabilité au niveau des assises de la raison juridique. Plus encore, si le processus d'innovation intégrative est enclenché à l'intérieur du système, cela témoigne qu'il est déjà dans l'incapacité de maintenir le rythme normal des fonctions qui lui sont assignées. Cette innovation représente un premier pas méfiant, vers la reconnaissance de la polysystémie tant culturelle que juridique.

Aux fins de présenter cette modalité d'action du système juridique, nous avons choisi d'observer le phénomène des réserves islamiques aux traités relatifs des droits de l'homme. Parmi ces traités, l'exemple de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF) semble le plus évident. Rien qu'au nombre d'écrits sur le traitement « islamique » de la CEDEF, on peut noter qu'il existe là une tendance. Et puisque nous sommes à la recherche d'un modèle de réaction, il va de soi qu'on se décide de se pencher sur l'exemple le plus redondant, le propre d'un modèle étant la répétition et la constance. Cependant, en se penchant sur ce modèle, il faut garder à l'esprit que ni le concept de droit islamique ni celui de raison juridique islamique ne sont uniformes ; et qu'ils vivent dans chaque système juridique différent à un moment d'évolution spécifique et d'une nature donc particulière. Ayant ce fait à l'esprit, nous tenterons de faire ressortir les points communs à ce modèle de réaction et non pas aux Etats l'appliquant. La différence est en effet très grande. Il va donc de soi que nous nous intéressons à la notion de réserves islamiques à la CEDEF afin de comprendre la symbolique et la motivation d'une telle attitude et son apport dans le cadre d'un modèle d'innovation intégrative par voie d'adaptation (A). Par ailleurs, dans une perspective interactionniste, il convient d'observer par la même occasion la réaction des Etats parties à ces traités aux réserves islamiques. On peut présumer que c'est une réaction à l'adaptation intégrative par voie d'adaptation (B).

A. Les réserves islamiques à la CEDEF

La CEDEF⁹⁰³ représente ce que l'on peut qualifier de convention populaire⁹⁰⁴. On peut reconnaître cette qualité au nombre important des Etats parties à la convention qui s'élève à 188. Ces Etats se seraient engagés à « prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire,

⁹⁰³ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

⁹⁰⁴ David S. Jonas, Thomas N. Saunders, « The object and purpose of a treaty : three interpretative methods », *Vanderbilt Journal of transnational law*, Vol. 43, N. 3, 2010, p. 590.

coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes »⁹⁰⁵. Cependant, la réalité qui rattrape cette convention dans son application est aussi le nombre élevé de réserves ayant pour justification des raisons religieuses ou culturelles. Cela peut paraître comme un non sens au vu des objectifs de la CEDEF qui vise à entamer un mouvement au sein des Etats parties consistant à modifier « les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »⁹⁰⁶.

En effet, le nombre des réserves formulées à l'égard de la CEDEF est si important que la Déclaration et programme d'action de Vienne⁹⁰⁷ l'avait mentionnée, avec la convention relative aux droits de l'enfant comme les deux cas les plus problématiques. La déclaration a même exigé à ce que soit favorisée « la recherche de moyens permettant de remédier au nombre particulièrement élevé de réserves formulées à l'égard de cette Convention »⁹⁰⁸. L'intérêt pour la CEDEF comme exemple de la nature et de l'impact des réserves dites islamiques se justifie donc par la capacité de pouvoir déceler une pratique redondante, mais pas seulement. En effet, la perspective du genre en droits de l'homme et en islam diffère tellement que la rencontre apparaît comme l'une des plus problématiques⁹⁰⁹, ce qui nous donne le moyen d'exposer plus facilement l'idée d'innovation intégrative par voie d'adaptation. Dès lors, nous observerons le contexte des réserves formulées dans ce sens (1), avant d'évaluer leur impact sur le traité lui même (2).

1. Le cadre des réserves islamiques à la CEDEF

Pour comprendre le cadre des réserves islamiques à la CEDEF, nous proposons de relever les articles visés par cette manœuvre puis d'analyser le contenu de ces réserves et leurs justifications par l'Etat émetteur. De fait, l'observation de la tendance nous permet de réaliser que les articles 2, 15 et 16 de la convention sont majoritairement touchés par ce phénomène. En effet, c'est généralement au niveau de ces articles qu'est invoquée la contradiction avec les

⁹⁰⁵ CEDEF, Article 2 (f).

⁹⁰⁶ *Ibid.*, article 5 (a).

⁹⁰⁷ Déclaration et programme d'action de Vienne, 25 juin 1993 adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, para. 39.

⁹⁰⁹ Voir Shaheen Sardar Ali, *Gender and human right in Islam and international law : equal before Allah, unequal before men?*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

normes de la charia et l'impossibilité de réconcilier des principes fondamentalement opposés⁹¹⁰.

Pour commencer, l'article 2 de la convention semble être le plus problématique⁹¹¹. Cet article se rapporte à la réforme de l'infrastructure juridique et politique liée à la détermination du statut des femmes. Il suppose que les Etats s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires en ce domaine afin d'éliminer toutes les formes de discrimination. Il faut noter que les dispositions de l'article 2 de la convention sont de nature générale et transversale, si bien que toute action allant à son encontre pourrait mettre en péril l'application d'autres articles ayant une portée plus spécifique. L'article 2 porte donc ce qui a été considéré comme étant une obligation de résultats et de moyens à la fois, puisqu'il est présenté comme étant un pilier porteur de la convention en son ensemble⁹¹². Les réserves islamiques formulées à l'égard de cet article peuvent être de types différents.

L'Algérie se déclare indisposée à appliquer les dispositions de cet article qui vont à l'encontre de son code de la famille, lui même basé sur les préceptes du droit islamique et qui tire de cette assise une justification pour une construction patriarcale de la famille⁹¹³. La suite des réserves de la République Algérienne semble comme la continuité logique des réserves formulées à l'égard de l'article 2 ou plutôt une représentation détaillée des aspects

⁹¹⁰ Ekatarina Yahyaoui Krivenko, *Women, Islam and international law*, op.cit., p. 122. Voir aussi, Marsha A. Freeman, « Reservations to CEDAW: An analysis for UNICEF », Discussion paper, *UNICEF Policy and practice*, 2009, p. 8.

⁹¹¹ L'article 2 de la CEDEF dispose : « Les Etats parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et, à cette fin, s'engagent à :

- a) Inscrire dans leur constitution nationale ou toute autre disposition législative appropriée le principe de l'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et à assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés, l'application effective dudit principe;
- b) Adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes;
- c) Instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire;
- d) S'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation;
- e) Prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque;
- f) Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes;
- g) Abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes ».

⁹¹² Ekatarina Yahyaoui Krivenko, *Women, Islam and international law*, op.cit., p. 123.

⁹¹³ Joelle Entelis, « International human rights: Islam's friend or foe? Algeria as an example of the compatibility of international human rights regarding women's equality and Islamic law », *Fordham International law journal*, Vol. 20, N. 4, 1996, p. 1299.

problématiques de cet article. Ainsi, on voit bien que l'Algérie tient à spécifier que les mesures juridiques contraires au code de la famille sont celles qui sont spécifiquement exigées par l'article 15 (4), notamment le droit de la femme d'élire librement sa résidence, et par l'article 16 dans la mesure où invite à établir l'égalité totale entre la femme et l'homme concernant le mariage. Il va de soi que cette manière de formuler la réserve prend en considération l'aspect généraliste de l'article 2 et son statut de nœud gordien par rapport à la convention. Il existe là une conscience de la centralité de cet article et du fait que l'observation de ses dispositions donnerait lieu au respect des dispositions de pratiquement toute la convention. Nous pouvons donc imaginer que si l'Algérie venait à retirer ses réserves sur l'article 15 (4) et sur l'article 16, celle sur l'article 2 n'aurait plus lieu d'exister puisque les deux dernières n'en sont que les détails. Cette attitude démontre très bien que l'usage des réserves est réfléchi et étudié dans la perspective d'adhérer à une convention tout en visant son cœur afin de se soustraire à ses principes. Tout comme l'Algérie, le Maroc invoque le code de la famille mais est beaucoup plus direct sur les motivations de cette réserve puisque il déclare être « disposé à appliquer les dispositions de cet article à condition [...] qu'elles n'aillent pas à l'encontre des dispositions de la *Charia* Islamique, étant donné que certaines dispositions contenues dans le Code marocain du statut personnel qui donnent à la femme des droits qui diffèrent de ceux octroyés à l'époux, ne pourraient être transgressées ou abrogées du fait qu'elles sont fondamentalement issues de la *Charia* Islamique qui vise, entre autres, à réaliser l'équilibre entre les conjoints afin de préserver la consolidation des liens familiaux ». Les Emirats Arabes Unis considèrent pour leur part que l'article 2 (f) « est contraire aux dispositions relatives à l'héritage établies par la charia ». Il faut dire que cette manière de formuler les réserves peut être considérée comme beaucoup moins invasive puisqu'elle détermine les aspects de la convention qu'elle estime contraire à la nature de sa législation interne. Elle reste tout de même une rareté dès lors qu'il s'agit des réserves islamiques à la CEDEF, puisque la majorité choisit de rester dans un contexte vague qui ne permette absolument pas de connaître l'étendue de la réserve ou de limiter son champ d'application à une question donnée.

Nous pouvons observer cette tendance dans les réserves du Bahreïn qui s'engage à appliquer l'article 2 « dans les limites prévues par la charia » et qui tire cette même condition sur l'article 16 de la convention. La réserve de l'Égypte peut être considérée dans la même catégorie même si elle peut être estimée comme beaucoup plus tautologique puisqu'elle conditionne l'application de « l'ensemble des dispositions de l'article 2 dont la République

arabe d'Égypte est prête à appliquer les différents alinéas à condition qu'ils n'aillent pas à l'encontre des dispositions de la charia musulmane ». Cette réserve couvre donc la totalité de l'article 2 et suspend son application tout en se déclarant prête à en appliquer les alinéas qui sont en conformité avec la charia. La contradiction des termes de la réserves laissent, en effet, assez dubitatif puisque la déclaration de « bonne volonté » liant l'application à la condition de la conformité avec la charia est déjà annulée par la réserve sur l'ensemble de l'article qui suppose le contraire. A la limite, on peut expliquer la volonté de l'Égypte comme s'attendant à ce qu'une interprétation nouvelle de l'article 2 qui soit concordante avec sa conception de l'égalité, soit admise afin qu'elle puisse s'engager à respecter ses termes.

Une autre technique quant au traitement de cet article consiste à annuler complètement ses effets comme l'a été le cas pour le Bangladesh qui a déclaré tout simplement ne pas être « lié par les dispositions de l'article 2 et 16 (1) (c) qui sont contraires à la Sharia fondée sur le Saint Coran et la Sunna ». Encore une fois, considérant la centralité de l'article 2, cette réserve peut en effet atteindre l'application de l'ensemble du traité avec une insistance sur l'article 16 (1) (c) qui rentre dans le cadre des dispositions de l'article 2 et que le Bangladesh a voulu faire ressortir comme étant la disposition la plus importante en ce sens.

En observant la pratiques des Etats aux articles 2, 15 et 16, on peut comprendre pourquoi ces derniers sont les « suspects habituels »⁹¹⁴ dès lors qu'il s'agit des réserves islamiques. En effet, dans la continuité des dispositions générales de l'article 2 appelant à amorcer des réformes juridiques et politiques amenant à améliorer le statut de la femme en société et à transformer les schémas culturels de domination et de subordination, l'article 15 et 16 sont l'application directe et spécifique de cet appel. Ainsi l'article 15 dispose que « les Etats parties reconnaissent à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi » et se rapporte donc à la capacité juridique de la femme, alors que l'article 16 se rapporte aux rapports conjugaux et au statut de la femme dans le cadre de l'institution du mariage et couvre un vaste domaine allant de la pratique de la polygamie jusqu'aux mariages forcés et à la notion de la supériorité de l'homme en tant que chef de famille et détenteur unique de la tutelle.

L'article 16 vise donc à la transformation substantielle de l'institution du mariage et de la famille. Cette transformation de fond est très importante puisque le développement d'une conviction sur le statut inférieur de la femme commence généralement par la définition de son

⁹¹⁴ Linda M. Keller, « The impact of states parties reservations to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women », *Michigan State Law Review*, 2014, p. 312

rôle au sein de ce noyau et s'étend par la suite sur la multitude des rapports sociaux auxquels elle peut être confrontée. Aussi, il est établi que la définition stricte du statut de la femme dans la société islamique, commençant par la famille, revêt une grande importance puisque cela permet de construire une identité sociale et juridique. L'étendu de l'article 16 et des domaines qu'il couvre montre d'ailleurs à quel point la définition des rôles dans l'institution du mariage participe à donner forme à une culture générale et aux schémas de fonctionnement des rapports en société⁹¹⁵.

Les réserves de l'Égypte à l'article 16 de la convention sont d'ailleurs révélatrices de ces considérations et de la réticence quant à la modification des structures fondamentales de l'institution familiale. Ainsi, l'Égypte refuse de se considérer liée par « les dispositions de l'article 16 relatives à l'égalité de l'homme et de la femme pour toutes les questions découlant du mariage, au cours du mariage et lors de sa dissolution, qui ne doivent pas aller à l'encontre des dispositions de la charia garantissant à l'épouse des droits équivalents à ceux de son conjoint afin d'assurer un juste équilibre entre eux, compte tenu de la valeur sacrée des liens du mariage et des relations familiales en Égypte qui trouve sa source dans de profondes convictions religieuses qu'on ne saurait transgresser et du fait que ces liens sont essentiellement fondés sur l'égalité des droits et des devoirs et sur la complémentarité qui réalise la véritable égalité entre les conjoints. Les dispositions de la charia font notamment obligation à l'époux de fournir à son épouse une dot appropriée, de subvenir totalement à ses

⁹¹⁵ L'article 16 de la CEDEF dispose « 1. Les Etats parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :

- a) Le même droit de contracter mariage;
- b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement;
- c) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution;
- d) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale;
- e) Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits;
- f) Les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale;
- g) Les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne les choix du nom de familles d'une profession et d'une occupation;
- h) Les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

2. Les fiançailles et les mariages d'enfants n'auront pas d'effets juridiques et toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, seront prises afin de fixer un âge minimal pour le mariage et de rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel ».

besoins et de lui verser une allocation en cas de divorce, tandis qu'elle conserve la totalité de ses droits sur ses biens sans avoir à les utiliser pour subvenir à ses besoins. C'est pour cette raison que la charia n'accorde le divorce à la femme que sur décision du tribunal tandis qu'elle n'impose pas cette condition à son époux ». Cette déclaration de l'Egypte concernant l'article 16 laisse encore une fois son lecteur dubitatif. La perspective patriarcale des rôles, ainsi que le désir de maintenir l'idée de la femme sous tutelle et complètement prise en charge ce qui justifie la limitation de ses droits face à l'extension de ceux de l'homme qui y subvient ; déroge d'abord à au concept d'égalité mentionné dans la déclaration ou persiste plutôt à en présenter une conception très singulière. Par ailleurs, une pareille réserve qui va complètement contre l'un des objectifs les plus importants de la convention, qui tend pour sa part à faire évoluer la conception classique du rôle des femmes en société, permet de remettre en cause l'adhésion éthique aux propositions de la convention⁹¹⁶.

Le questionnement est encore plus légitime au regard des réserves générales à la CEDEF qui se présentent, par leur aspect vague et illimité, comme des boucliers contre l'application, pourtant consentie, du traité. Mais cela ne doit pas être surprenant si on considère que cette situation est justement l'effet de la volonté des Etats.

En effet, les réserves générales permettent de se prémunir d'une manière définitive contre l'ensemble des articles allant contre les assises philosophiques et sociales du système juridique interne et qui sont aptes à introduire de l'instabilité à cet égard. Ainsi, le cas de la Tunisie, pourtant considérée comme l'exemple progressiste, démontre parfaitement cette capacité des stipulations générales à freiner l'application de la convention. En effet, la Tunisie qui a levé toutes ses réserves en 2014⁹¹⁷, décide de garder la déclaration générale émise au moment de la ratification et qui a pour effet d'empêcher le gouvernement tunisien d'adopter toute « décision administrative ou législative qui serait susceptible d'aller à l'encontre des dispositions du chapitre 1er de la Constitution tunisienne ». Ce dernier, resté inchangé au fil des constitutions dispose que l'islam est la religion de l'Etat. Ainsi, malgré la levée de toutes réserves, une telle déclaration freine le processus de réforme des lois sur l'accès au droit à la

⁹¹⁶ Voir aussi la réserve formulée par Les Maldives à l'article 16 « Le Gouvernement de la République des Maldives se réserve le droit d'appliquer l'article 16 de la Convention concernant l'égalité des hommes et des femmes dans toutes les questions relatives au mariage et aux rapports familiaux sans préjudice des dispositions de la charia islamique qui régissent toutes les relations conjugales et familiales de la totalité de la population musulmane des Maldives ».

⁹¹⁷ Notification du Secrétaire Général de l'ONU à la date du 23 avril 2014 de la levée de la déclaration concernant l'article 15(4) et des réserves formulés aux articles 9(2), 16 (C), (D), (F), (G), (H) AND 29(1).

propriété et notamment la question de l'héritage et toutes les questions ayant trait au statut personnel⁹¹⁸.

Plus explicites que l'exemple Tunisien, ceux des réserves formulées par l'Arabie Saoudite⁹¹⁹ ou le Pakistan⁹²⁰ qui font que l'application de la convention soit tenue prisonnière de la compréhension ou de l'ignorance de ses termes à la lumière des référents religieux internes qui régissent le système juridique et social. Ces réserves là posent très clairement le problème de leur concordance avec le but et l'objet du traité et ont un impact nocif sur le traité en tant que tout cohérent mais surtout sur la crédibilité des instruments internationaux des droits de l'homme.

2. L'impact des réserves islamiques sur la CEDEF

Pour évaluer l'impact des réserves islamiques sur la CEDEF, nous nous proposons d'évaluer la permissibilité de ces dernières du point de vue de la convention. Par ce faire, nous comptons dégager la signification de ces réserves en termes de politique d'innovation adaptative qui traduit un impact négatif ou d'altération sur le système à l'origine des troubles et de l'instabilité au niveau de la raison juridique. Ainsi, notre choix est fixé sur l'étude de deux cas spécifiques qui sont celui des réserves formulées consécutivement par l'Egypte et l'Arabie Saoudite.

En effet, le régime de la CEDEF admet les réserves au titre de l'article 28 (1). Cependant, la convention lie ces réserves par une condition stricte en considérant qu'aucune réserve incompatible avec l'objet et le but du traité ne sera autorisée. Simplement, la CEDEF ne prévoit pas de mesures pour procéder au test de la compatibilité et laisse vraisemblablement cette prérogative aux Etats qui déterminent l'impact des réserves sur l'application du traité à leurs égards par le jeu des objections. Par ailleurs, le comité créé aux termes de l'article 17 de la convention n'est pas habilité à procéder à ce test. Ses fonctions de suivi étant confinées dans la formulation de recommandations et de suggestions et généralement dans l'examen du progrès réalisé par la convention. Nous verrons que ces limitations n'empêchent pas le comité de détenir un rôle important quant à l'évolution des

⁹¹⁸ Monia Ben jemia, Hafidha Chekir, « La levée des réserves à la convention CEDAW mais non au maintien de la déclaration générale », *rapport ATFD/ UNFPA*, p. 12 et suiv. URL : <http://www.unfpa-tunisie.org/images/stories/pdfs/cedaw%20français.pdf>.

⁹¹⁹ « En cas de divergence entre les termes de la Convention et les normes de la loi musulmane, le Royaume n'est pas tenu de respecter les termes de la Convention qui sont divergents ».

⁹²⁰ « L'adhésion par le Gouvernement de la République islamique du Pakistan à [ladite Convention] est sous réserve des dispositions de la Constitution de la République islamique du Pakistan ».

pratiques étatiques par la critique des rapports et le suivi de l'engagement dans l'application de la convention. Plus encore, le sort des réserves non autorisées n'est pas du tout clair selon la convention. Nous pouvons estimer dans ce cas que le cadre général de la convention sera appliqué et que selon les directives du guide sur la pratique des réserves, seules les réserves autorisées sont admises pour le jeu de l'acceptation et des objections. Ceci étant, toutes ces considérations sont dans l'incapacité de fournir des réponses claires sur le sort de ces réserves. Dès lors, nous restons bloqués dans la sphère des discussions doctrinales mentionnées plus haut, ce qui rend l'impact des réserves jugées comme non-valides encore plus nocif au traité.

En tout état de cause, la lecture du préambule de la CEDEF ainsi que l'observation de l'esprit général qui se dégage au fil de la convention permet de réaliser que son but consiste à la promotion de l'égalité parfaite entre les femmes et les hommes et ce par l'évolution de la conception des rôles traditionnels en société et par la mise en œuvre de cette évolution au niveau juridique par la prise des « mesures nécessaires à la suppression de cette discrimination sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations »⁹²¹.

En revenant à la réserve générale de l'Arabie Saoudite selon laquelle : « en cas de divergence entre les termes de la Convention et les normes de la loi musulmane, le Royaume n'est pas tenu de respecter les termes de la Convention qui sont divergents » ; nous pouvons remarquer que celle-ci, par son extrême généralité, assortit les dispositions de toute la convention par une condition limitant son impact. Plus encore, il n'est pas précisé comment l'Etat en question pourra évaluer ces divergences, dans quels domaines et dans quelles limites. L'appréciation de tous ces éléments reste tributaire selon la réserve du simple avis discrétionnaire de l'Etat réservataire qui modèle l'application du traité à sa guise.

Dans ce sens, ce n'est plus les finalités du traité qui priment mais plutôt la vision personnalisée que l'Etat réservataire de la convention au risque de la vider de tout son sens. Ainsi, il faut se rappeler l'avis consultatif de la CIJ qui considère qu' « il faut évidemment supposer chez les contractants la volonté de préserver de toute façon ce qui est essentiel aux fins de la Convention ; si cette volonté venait à faire défaut, il est bien clair que la Convention elle-même se trouverait ébranlée dans son principe comme dans son application »⁹²². A cet effet, une réserve conditionnant l'application de tout le traité par des éléments extérieurs et

⁹²¹ CEDEF, Préambule.

⁹²² *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, op.cit.*, p. 27.

tributaires de la seule appréciation de l'Etat réservataire ne laisse pas croire à une réelle volonté de protection du traité ni à une adhésion à ses grandes lignes.

Par ailleurs, nous pouvons considérer cette réserve à la lumière de l'observation générale n° 24 qui affirme que chacun des nombreux articles d'un traité, « et en fait leur conjugaison » tend à réaliser le but et l'objet de ce dernier surtout lorsqu'il s'agit d'un traité relatif aux droits de l'homme⁹²³. En ayant cette vision holistique d'une convention où la combinaison des divers articles constitue une réalisation de son but et de son objet, la réserve générale de l'Arabie Saoudite devient incompatible avec l'article 28 (2) de la CEDEF puisqu'elle arrive à neutraliser d'un coup l'application de plusieurs articles et dénigre par conséquent les principes dont ils sont porteurs.

Cette conclusion est affirmée à la lumière d'un autre élément relevé par l'observation générale puisque cette dernière rappelle non seulement l'importance des droits mais aussi des garanties dont elles sont assorties⁹²⁴. A cet effet, l'observation générale souligne que les réserves visant à éliminer ces garanties ne sont point valides vu le rôle de ces dernières pour la réalisation des objectifs d'une convention⁹²⁵. Une réserve générale ne donne aucune indication sur l'intention de l'Etat de respecter les garanties. En effet, ces dernières peuvent très bien tomber dans la catégorie des mesures en divergence avec les dispositions de la loi islamique. Dès lors, la réserve générale de l'Arabie Saoudite a pour effet d'assurer qu'il fasse partie de la convention tout en s'y soustrayant. Ainsi, c'est l'efficacité de l'application du traité qui est mise en jeu mais pas seulement. La crédibilité du CEDEF se trouve aussi ébranlée par une telle réserve qui ne laisse pratiquement aucune marge interne d'intervention à la convention.

Nous pouvons tirer ces mêmes conclusions sur la réserve formulée par l'Egypte à l'article 2 de la convention. En affirmant formuler une « réserve sur l'ensemble des dispositions de l'article 2 dont la République arabe d'Égypte est prête à appliquer les différents alinéas à condition qu'ils n'aillent pas à l'encontre des dispositions de la charia musulmane », l'Egypte formule une limitation générale à l'égard de l'article le plus important de la convention. En effet, l'importance de cet article provient du fait qu'il assure l'engagement des Etats à prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer l'application effective des principes de la CEDEF. L'article 2 exige donc que l'Etat fournisse des garanties législatives

⁹²³ HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), *Observation Générale 24*, *op.cit.*, para. 7.

⁹²⁴ *Ibid.*, para. 11.

⁹²⁵ *Ibid.*

permettant la mise en place réelle de la convention. Une mise en place, qui sert non seulement à démontrer l'engagement positif de l'Etat pour les principes portés par la convention mais aussi sa volonté de les appliquer complètement et d'amorcer le changement quant au statut social et juridique de la femme. Cette réserve, comme il a été avancé, altère sérieusement l'intégrité de la CEDEF, et rend insensé l'idée de l'adoption universelle aux dépens de la cohérence du traité⁹²⁶.

En ce qui concerne l'article 16 de la convention, l'Egypte a formulé sa réserve comme suit : « Réserve sur les dispositions de l'article 16 relatives à l'égalité de l'homme et de la femme pour toutes les questions découlant du mariage, au cours du mariage et lors de sa dissolution, qui ne doivent pas aller à l'encontre des dispositions de la charia garantissant à l'épouse des droits équivalents à ceux de son conjoint afin d'assurer un juste équilibre entre eux, compte tenu de la valeur sacrée des liens du mariage et des relations familiales en Égypte qui trouve sa source dans de profondes convictions religieuses qu'on ne saurait transgresser et du fait que ces liens sont essentiellement fondés sur l'égalité des droits et des devoirs et sur la complémentarité qui réalise la véritable égalité entre les conjoints. Les dispositions de la charia font notamment obligation à l'époux de fournir à son épouse une dot appropriée, de subvenir totalement à ses besoins et de lui verser une allocation en cas de divorce, tandis qu'elle conserve la totalité de ses droits sur ses biens sans avoir à les utiliser pour subvenir à ses besoins. C'est pour cette raison que la charia n'accorde le divorce à la femme que sur décision du tribunal tandis qu'elle n'impose pas cette condition à son époux ».

Pour considérer la compatibilité de cette réserve avec le but et l'objet du traité, Jennefsky procède à la détermination de la nature du droit que la réserve tend à limiter, c'est à dire l'égalité entre l'homme et la femme face à l'institution du mariage, et surtout son droit à demander le divorce⁹²⁷. Jennefsky considère ainsi que la validité de la réserve dépend de son statut de droit humain ou de liberté fondamentale. Pour ce faire, l'auteur revient à l'article premier de la convention qui dispose que « l'expression "discrimination à l'égard des femmes" vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la

⁹²⁶ Anna Jenefsky, « Permissibility of Egypt's reservations to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women », *Maryland Journal of International Law*, volume 15, N. 2, 1991, p. 231.

⁹²⁷ Ibid., p. 227.

femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine ».

De son côté, dans sa réserve à l'encontre de l'article 16, l'Egypte renie le concept d'égalité entre hommes et femmes pour avancer celui de l'équivalence. Selon ce concept, il serait permis d'enlever des droits à la femme si ses obligations dans le cadre de l'institution sont moindres que ceux de l'homme. Ainsi, selon l'Egypte, le fait que l'homme subviennne aux besoins financiers de son épouse lui donne le droit de demander le divorce et en prive cette dernière. Cette équivalence et cette complémentarité représente selon l'Etat réservataire la vraie forme d'égalité qui puisse exister dans l'institution du mariage. De plus, elle ignore tous les cas où les femmes subviennent à leurs besoins financiers d'une manière indépendante ou compensent cette obligation « masculine » par les obligations qu'elles remplissent⁹²⁸. Cette conception de l'égalité telle que présentée par la réserve égyptienne faillit à se conformer avec le concept tel que perçu par la CEDEF et dont les bases ont été déterminées dès l'article premier. L'équivalence basée sur l'idée qu'il peut y avoir une balance des droits selon la distribution traditionnelle des rôles ne va pas seulement contre le concept d'égalité selon la CEDEF mais aussi contre les engagements pris les Etats pour éliminer les schémas culturels et sociaux justifiant toutes les formes de discrimination.

Pourtant, Jennefsky, arrive à la conclusion que cette réserve n'est pas totalement inconsistante avec l'objet et le but du traité puisque, sans elle, l'adhésion de cet Etat à la CEDEF serait compromise. Jennefsky fait jouer la notion de l'équilibre entre l'intégrité du traité et l'universalité de son adoption à cet égard pour justifier son point de vue⁹²⁹. Elle considère cette réserve comme nécessaire afin que l'Etat puisse faire intervenir cette convention dans d'autres domaines et en profiter tout en faisant évoluer son propre droit de la famille, et pouvoir un jour lever la réserve.

Autant nous sommes d'accord sur le procédé de qualification de la permissibilité de la réserve suivi par Jennefsky, autant nous considérons que ses conclusions omettent de prendre en considération le cadre général de la réserve formulée à l'article 16 par l'Egypte. En considérant la manœuvre de l'Egypte pour ignorer l'égalité entre femmes et homme concernant la totalité des dispositions de l'article, l'auteure oublie de la combiner avec la réserve générale à l'article 2 et qui prémunit l'Etat égyptien de prendre toutes les mesures

⁹²⁸ Anna Jenefsky, « Permissibility of Egypt's reservations to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women », *op.cit.*, p. 228.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 232.

juridiques nécessaires contre la discrimination. Dès lors, une lecture combinée des deux réserves démontre l'absence de volonté de la part de l'Etat de se conformer au but et à l'objet du traité, dont l'un des aspects les plus important consiste en la mise en place de toutes les garanties permettant la suppression de toutes les formes de discrimination. Plus loin, nous pensons que la réserve à l'article 16, combinée avec l'absence de volonté démontrée par la réserve incompatible à l'article 2, est à même de nuire à d'autres articles de la CEDEF. Plus spécifiquement, l'absence de mesures juridiques pour assurer l'égalité dans l'institution du mariage et la défense de l'idée de l'équivalence nuit à l'application de l'article 5 qui dispose que « les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour : a) Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes; b) Faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas ». Ainsi, nous pouvons revenir à l'idée avancée par l'observation générale n°24 et qui défend une conception basée sur la conjugaison des droits garantis par les traités des droits de l'homme. Une réserve ayant pour effet d'altérer l'équilibre général d'une convention peut être considérée comme ayant touché à son intégrité et sa cohérence. Dès lors, nous avançons que la réserve de l'Egypte formulée à l'article 16 et combinée dans sa lecture avec celle sur l'article 2 est une réserve non valide du point de vue de la CEDEF. Cette réserve, tout comme celle formulée par l'Arabie saoudite, donne à ces Etats une grande marge de manœuvre mais toujours comme étant partie à la convention.

Cette manière de profiter des points d'ombres quant aux possibilités offertes aux Etats du fait des principes du droit international lui-même, permet d'interagir avec cet élément perturbateur tout en portant le risque d'altération sur lui-même. Nous ne nous plaçons certainement pas dans une configuration de refus déclaré ou radical, mais plutôt dans une configuration d'une intégration adaptative aux faiblesses présentées par le système concurrent. Cette tendance de s'intégrer tout en émettant des interprétations restrictives des dispositions faisant désormais partie du système juridique a été relevée comme étant nocive

aux droit international⁹³⁰ et elle l'est certainement, vu l'impact négatif sur l'application des conventions relatives aux droits de l'homme. Cependant, dans notre perspective des choses, cette intégration est une réaction dont il faut anticiper les effets et qui fait normalement partie de la dialectique des rapports dans le cadre de la configuration de polysystème. La réaction internationale aux réserves islamiques à la CEDEF, présente la preuve qu'il s'agit là d'un schéma interactionniste basé sur l'action et la réaction et qu'il y a point de fatalité. Au contraire, l'innovation pèse de son poids dès lors que la négociation des termes de l'adaptation existe.

B. La réaction de la communauté internationale aux réserves islamiques

Bien que la CEDEF ne prévoit aucune procédure pour déterminer le sort des réserves non valides et que l'organe de contrôle créé par cette convention ne dispose pas de prérogatives lui permettant d'intervenir en ce sens, il n'en reste pas moins que ce dernier puisse engager le débat sur la substance des réserves formulées contre les articles piliers de ce texte (1). Par ailleurs, le jeu des objections émanant du régime juridique des réserves, permet aussi aux Etats d'intervenir (2).

1. La réaction du comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes

Malgré l'extension du domaine des compétences accordées au comité par le biais du protocole facultatif à la CEDEF⁹³¹ par deux nouvelles procédures⁹³², le rôle de ce dernier par rapport aux réserves reste concrètement limité.

Pourtant le comité n'a pas manqué de se prononcer sur cette question depuis sa création d'une manière qui a évolué au fil du temps. Aux débuts hésitant, la position du comité a toujours été d'encourager les Etats à limiter la pratique des réserves et à retirer ceux qui ont été déjà formulées⁹³³. Ainsi, dans son rapport à l'occasion de la quatrième conférence

⁹³⁰ « "'Amendments' and 'reservations' multiply to camouflage all the legal texts that come into conflict with *ta'a* (obedience to authority)." These "reservations and amendments" are loopholes that allow Islamic nations "to be seated at the United Nations as a signatory of all the conventions, while its officials... make restrictive interpretations of principles that don't admit of restriction- equality and freedom ». Robert Carle, «Revealing and concealing: Islamist discourse on human rights », *Human Rights Review*, Avril-Juin 2005, p. 123.

⁹³¹ Protocole Facultatif à la CEDEF adopté le 6 octobre 1999 par l'Assemblée Générale de l'ONU dans sa résolution A/RES/54/4, entré en vigueur le 22 décembre 2000.

⁹³² Une procédure de communication présentée par les victimes de violations des droits reconnus dans la convention par l'un des Etats parties, introduite par l'article 2 du protocole facultatif à la CEDEF. Et une procédure d'enquête introduite par les articles 8 et 9 du protocole facultatif.

⁹³³ Marijke De Pauw, « Women's rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention », *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, N. 77, 2013, p. 58.

mondiale sur la femme, la position du comité semble très claire et met en lumière les contradictions et les faiblesses inhérentes à la mise en place de la CEDEF. Dans ce sens, le comité considère que « le fait que les trois quarts des États Membres de l'Organisation aient adhéré à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes montre à quel point l'importance des droits fondamentaux de ces dernières est reconnue »⁹³⁴. Il observe pourtant que « si la reconnaissance des droits ne s'accompagne pas de jouissance effective, c'est parce que les gouvernements ne sont pas suffisamment déterminés à les promouvoir et à les protéger, [...]. L'absence de mécanismes de recours appropriés et l'insuffisance des ressources aux niveaux national et international aggravent le problème »⁹³⁵. Par ailleurs, le comité assure que « afin de protéger les droits fondamentaux des femmes, il convient, dans la mesure du possible, d'éviter d'émettre des réserves et de faire en sorte qu'aucune des réserves formulées ne soit incompatible avec l'objet et le but de la Convention ou de quelque autre manière incompatible avec le droit conventionnel international »⁹³⁶.

Dans cette déclaration, le comité relève quatre éléments qui reviennent constamment dès lors qu'on se met à observer l'application de la convention : L'universalité de l'adhésion combinée avec l'absence de mécanismes internes et internationaux de contrôle, puis la récurrence des réserves et l'impossibilité d'empêcher la formulation de ceux qui sont en contradiction avec le but et l'objet du traité. Le comité se retrouve donc devant une situation de blocage puisqu'il est capable justement de relever toutes ces lacunes mais qu'il se retrouve dans l'incapacité de les redresser. Ainsi, concernant les mesures à prendre face à cette situation, le comité s'est comme d'habitude limité à formuler des recommandations. Dans ce sens, il suggère l'importance pour les Etats de « limiter leurs éventuelles réserves à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, formuler les réserves de façon aussi précise et restrictive que possible, veiller à ce qu'aucune réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but de la Convention ou contraire au droit conventionnel international et reconsidérer régulièrement les réserves qu'ils ont formulées, en vue de les retirer; retirer les réserves qui sont contraires à l'objet et au but de la Convention

⁹³⁴ A/CONF.177/20/Rev, *Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, Comité de l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Beijing, 4-15 septembre 1995, para. 215., p. 96.

⁹³⁵ *Ibid.*, para. 217.

⁹³⁶ *Ibid.*, para. 218.

sur toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ou qui sont incompatibles avec le droit conventionnel international »⁹³⁷.

Cette position du comité nous permet d'entrevoir une conception selon laquelle toute réserve imprécise ou générale serait à même d'altérer le but et l'objet du traité. Aussi, cette position reflète clairement que le comité conçoit les réserves non valides comme étant le produit d'une volonté consciente des Etats, axée sur l'atteinte de la raison d'être du traité. Pour autant, le comité tient à réaliser la balance entre universalité et intégrité et penche donc pour la solution de la séparabilité puisqu'il appelle les Etats à retirer les réserves incompatibles tout en restant parties au traité. Cela va dans le sens de son approbation des propositions avancées par l'observation générale 24⁹³⁸.

Etant dans l'incapacité de contrôler les réserves illicites en tant que telles, le comité a trouvé un moyen lui permettant de les surveiller tout en restant dans le cadre de ses fonctions. En effet, dans sa déclaration sur les réserves à la CEDEF, le comité note le nombre grandissant de réserves générales ainsi que l'existence d'une pratique qui consiste à formuler des déclarations générales qui ne sont en effet que des réserves générales⁹³⁹. Ce problème, et bien d'autres, le comité parvient à les saisir en considérant qu'ils l'empêchent de mener à bien sa fonction de contrôle et qu'ils entravent son travail de vérification⁹⁴⁰.

Par ailleurs, le comité adresse directement la question des justificatifs religieux et culturels afin d'éluder l'application des articles 2 et 16 de la convention et considère que « des pratiques traditionnelles, religieuses ou culturelles ou des lois et politiques nationales incompatibles ne sauraient justifier des violations de la Convention. Le Comité demeure également convaincu que les réserves à l'article 16, qu'elles soient formulées pour des motifs nationaux, coutumiers, religieux ou culturels, sont incompatibles avec la convention et donc

⁹³⁷ A/CONF.177/20/Rev, *Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, *op.cit.*, para. 230 (c), p. 99.

⁹³⁸ Marijke De Pauw, « Women's rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention », *op.cit.*, p. 58.

⁹³⁹ A/53/38/Rev.1 du 14 mai 1998, *Déclaration sur les réserves à la CEDEF*, Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, para. 4.

⁹⁴⁰ « Les réserves compromettent l'efficacité de la Convention qui a pour objectif de mettre un terme à la discrimination à l'égard des femmes et d'obtenir pour celles-ci l'égalité de jure et de facto. Elles empêchent le Comité d'évaluer les progrès accomplis par les États parties dans l'application de la Convention, restreignent son mandat et peuvent compromettre l'efficacité de l'ensemble du régime des droits de l'homme. Certains États invoquent l'incompatibilité présumée de l'article 2 et de la charia islamique. D'autres États ont formulé des réserves qui, bien qu'imprécises, peuvent fort bien s'appliquer à l'article 2. Ces réserves entravent sérieusement l'application de la Convention et empêchent le Comité de faire un véritable travail de vérification dans ce domaine ». A/53/38/Rev.1 du 14 mai 1998, *Déclaration sur les réserves à la CEDEF*, *op.cit.*, para. 10.

illicites et qu'elles devraient être réexaminées puis modifiées ou retirées »⁹⁴¹. Mais face à l'inertie par rapport aux observations du comité, ce dernier continue sur l'unique axe lui permettant d'exercer une forme de contrôle sur ces derniers et, dès lors, tempérer leurs effets. C'est dans cet esprit qu'est venue l'exigence d'apporter des détails sur les réserves dans les rapports périodiques des Etats. Plus encore, les Etats qui ont développé des réserves générales, surtout à l'égard de l'article 2, doivent s'efforcer d'expliquer les conséquences de ces réserves sur la convention ainsi que l'interprétation qu'ils entendent lui accorder⁹⁴².

Ainsi, à part le fait de se prononcer ouvertement contre ce qu'il considère comme étant des pratiques illicites portant atteintes à l'intégrité du traité, le comité agit dans les limites de ses compétences afin de ramener la pratique des réserves sur un terrain qu'il peut contrôler et vérifier. Dans ce sens, le comité est cohérent avec la solution de la commission du droit international qui considère que les organes de contrôle peuvent contrôler la licéité des réserves dans les limites de leurs prérogatives. Ces limites, aussi accablantes soient elles, permettent aux organes de contrôle tel que le comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de jouer le rôle de garde-fou et de pousser vers le respect de la légalité, tout en ayant l'entière conscience de son incapacité de réaliser des réformes radicales.

En effet, étant même incapable de déclencher des réformes, le comité est apte à ramener les Etats réservataires à observer l'impact de ces dernières ailleurs que dans leurs propres systèmes juridiques⁹⁴³. Ainsi, en jouant le rôle de médiateur, le comité pousse vers la réforme en rappelant qu'elle a été possible dans des cas similaires.

⁹⁴¹ A/53/38/Rev.1 du 14 mai 1998, *Déclaration sur les réserves à la CEDEF*, *op.cit.*, para. 17.

⁹⁴² « Tout État partie qui a formulé des réserves de fond à l'égard de la Convention devrait présenter des renseignements à leur sujet dans chacun de ses rapports périodiques. En rendant compte de ses réserves à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, l'État partie devrait indiquer les raisons pour lesquelles il les jugeait nécessaires et si elles sont compatibles avec celles qu'il pourrait avoir formulées sur les mêmes droits dans le cadre d'autres conventions ainsi que les conséquences précises qu'elles sont susceptibles d'avoir sur son droit interne et sa politique intérieure. Il devrait indiquer comment il pense pouvoir limiter ces conséquences et retirer par la suite ses réserves, en précisant chaque fois que possible dans quels délais ses réserves seront retirées. Les États parties qui ont formulé des réserves d'ordre général, ne se rapportant pas à un article précis de la Convention, ou des réserves sur les articles 2 et 3, devraient s'efforcer notamment d'en exposer les conséquences et d'en donner l'interprétation. Le Comité estime qu'elles sont incompatibles avec l'objet et le but de la Convention ». A/49/38 du 14 mai 1998, *Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, para. 5, p. 14.

⁹⁴³ « S'agissant des réserves liées à des lois ou à des pratiques religieuses, le Comité constate que, depuis 1998, certains États parties ont modifié leurs lois afin de garantir l'égalité concernant certains aspects au moins des relations familiales. Il continue de recommander que les États parties se fendent sur l'expérience de pays dotés de systèmes religieux et juridiques similaires et ayant réussi à adapter leur législation interne aux dispositions d'instruments internationaux contraignants, en vue de retirer leurs réserves ». CEDAW/C/GC/29 du 30 octobre 2013, *Recommandation générale sur l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de*

En somme, il est clair que les positions du comité face à la pratique des réserves illicites est explicite. Il considère les réserves aux articles 2 et 16, incompatibles avec l'objet et le but du traité et couvre d'illicéité toutes les réserves générales. Plus encore, le comité se permet de revoir la qualification de certaines déclarations générales et de les considérer comme des réserves illicites ensuite. Dans la mesure du possible, il essaie aussi de s'approprier le contrôle des réserves dès lors qu'elles influent sur l'efficacité de sa mission ou qu'il lui est permis d'instaurer des mesures de contrôle. Autant de tentatives de diminuer l'impact négatif de cette pratique sur la CEDEF. Mais, il ressort du langage du comité dans ses rapports, observations et déclarations, une large conscience des limites de son mandat et l'insuffisance des mesures prises de sa part afin d'adresser les pratiques qui fusent dans l'illégalité. Pourtant, cette contradiction recouvre tout son sens en droit international puisque le comité qui a vu le jour grâce à la volonté des Etats et ne peut donc pas exercer plus de contrôle sur eux qu'ils n'y consentent. Dès lors, sa marge d'intervention se limite à discuter avec les Etats de l'impact des réserves qu'ils ont formulé et à essayer de maintenir une certaine cohérence dans l'application du traité par les Etats parties.

Malgré cette conclusion, il ne faut pas voir le rôle du comité comme un luxe ou sa présence comme fantomatique, car combiné avec le jeu des objections des autres Etats parties, on peut se résoudre à reconnaître qu'il existe là une réelle force de pression. L'impact n'est peut être pas immédiat ou nécessairement suffisant mais c'est bien là le propre de la négociation des termes de cette innovation.

2. La réaction des autres Etats parties à la CEDEF

Analyser la réaction des Etats parties aux réserves dites islamiques permet d'observer l'étendu de ces réserves, c'est à dire à quel point elles permettent de modifier les termes de la convention, non seulement pour l'Etat réservataire mais aussi pour les autres. Aussi, cela permet-il d'entrevoir l'impact de l'interaction des opinions des Etats et du dialogue qui est déclenché à cet effet.

La pratique de la CEDEF démontre qu'il existe une large panoplie de réactions possibles aux réserves parmi les notifications, les communications et les objections⁹⁴⁴. Nous n'allons nous concentrer que sur la dernière catégorie, étant celle qui renferme le plus

discrimination à l'égard des femmes (conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution), Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, para. 55, p. 12.

⁹⁴⁴ Ekatarina Yahyaoui Krivenko, *Women, Islam and international law*, op.cit., p. 178.

d'intérêt que ce soit quantitativement (113 objections) ou qualitativement (portant sur des réserves islamiques).

Il est, en effet, intéressant de voir comment les Etats saisissent l'occasion qui se présente pour formuler une objection comme une opportunité pour se prononcer sur la nature de la réserve ciblée. Ainsi, que ce soit d'une manière explicite ou plus implicite, les Etats adressent la question des réserves incompatibles avec le but et l'objet du traité. Cette détermination de la nature des réserves de la part des Etats parties permet à un certain degré de pallier à l'absence d'une structure capable de contrôler ce phénomène.

A cet effet, le texte de l'objection du Danemark aux réserves de l'Arabie Saoudite est très instructif. L'Etat partie considère que « les réserves formulées par le Gouvernement de l'Arabie saoudite lors de la ratification par celui-ci de la Convention concerne les dispositions de la Convention incompatibles avec les normes du droit islamique. Il est d'avis que les réserves générales qui renvoient aux dispositions du droit islamique ont une portée illimitée et un caractère indéfini ». En ce sens, ce n'est pas tant le caractère islamique de cette réserve qui pose problème mais plutôt les effets d'une telle réserve. Son absence de limites et sa généralité empêchant de déterminer l'étendu de ses effets, cette réserve est considérée par l'Etat partie comme étant contraire aux dispositions de l'article 28 de la CEDEF.

Cette ligne d'action est encore claire dans la position du Suède qui, en objectant notamment aux réserves de l'Egypte, la Tunisie et le Bangladesh considère que « les réserves incompatibles avec l'objet et le but d'un traité ne sont pas acceptables, c'est précisément que la solution contraire aurait pour effet de priver de toute signification une obligation internationale de caractère contractuel fondamentale. Ce genre de réserves incompatibles avec le but et l'objet de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ne mettent pas seulement en doute l'adhésion des États qui les formulent à l'objet et au but de la Convention : elles contribuent de plus à saper les bases du droit international contractuel. L'intérêt de tous les États est que les traités auxquels ils ont décidé de devenir parties soient également respectés, quant à leur objet et à leur but, par les autres parties ».

Il existe donc un double souci quant à la pratique des réserves incompatibles avec le but et l'objet du traité. Premièrement, elles mettent en cause l'engagement de l'Etat réservataire pour l'application des principes promues par la convention et elles participent en second lieu à altérer l'esprit général du droit international et ses fondements. Tous deux étant

en effet des buts de ce qu'on appelle l'innovation intégrative par voie adaptative. Ainsi, les Etats parties objectant sont clairement conscients des implications de la technique et sont résolus à s'en défendre. L'idée générale derrière ces objections est la protection de la légitimité de la convention et du droit international en général. La protection des droits des femmes dans un Etat donné est, certes, importante mais il n'en reste pas moins que la perception globale de la CEDEF comme une convention efficace et obligatoire à l'égard de ses membres pèse dans la formulation des positions des Etats objectant aux réserves⁹⁴⁵.

Cette intention de préserver l'équilibre entre divers intérêt peut être décelée dans l'effet juridique accordé aux réserves jugées comme incompatibles par les Etats parties. Ainsi, en revenant à l'exemple de l'objection du Danemark. On observe que ce dernier considère que les réserves générales renvoyant au droit islamique comme étant incompatibles avec le but et l'objet du traité et assortit cette qualification avec une déclaration de sa nullité puisqu'il affirme qu'elles sont « inadmissibles et sans effet au regard du droit international ». Par ailleurs, il faut noter que selon le Danemark, la déclaration de la nullité de la réserve visée par « la présente objection ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention dans son intégralité entre l'Arabie saoudite et le Danemark ». Cette pratique est redondante entre les pays qui formulent des objections portant sur des réserves considérées comme nulles et sans effets du point de vue du droit international⁹⁴⁶. On peut donc en déduire que les Etats parties s'alignent sur la position de la commission du droit international précédemment citée et qui considère que le régime juridique des acceptations et des objections ne peut s'appliquer que pour les réserves valides. Aussi, peut-on observer que pour préserver l'équilibre entre la protection des droits garantis par la CEDEF pour les individus d'un Etat donné et la protection de la cohérence de la CEDEF elle-même, les Etats parties optent pour la solution de la séparabilité en considérant que la nullité des réserves incompatibles n'empêche la convention d'entrer en vigueur entre l'Etat réservataire et l'Etat objectant.

⁹⁴⁵ David S. Jonas, Thomas N. Saunders, « The object and purpose of a treaty : three interpretative methods », *op.cit.*, p. 591.

⁹⁴⁶ Par exemple l'objection de la Finlande contre la réserve des Maldives « Le Gouvernement finlandais rappelle aussi que lesdites réserves sont régies par le principe général en matière d'interprétation des traités selon lequel une partie ne peut invoquer les dispositions de sa législation interne pour se soustraire à ses obligations conventionnelles. Toutefois, le Gouvernement finlandais ne considère pas que cette objection constitue un obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention entre la Finlande et les Maldives ». Ou aussi l'objection de la Suède à la réserve formulée par l'Arabie Saoudite « Cette objection ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention entre le Royaume d'Arabie saoudite et le Royaume de Suède, sans pour autant que le Royaume d'Arabie saoudite puisse se prévaloir de ladite réserve ».

Cette manière d'opérer n'est pas sans effet puisque la pression au niveau international peut pousser un Etat à modifier ses réserves jugées comme incompatibles. Ceci a été le cas des Maldives, dont les réserves à la CEDEF ont été largement objectées et qui a fini par modifier ses réserves de manière à ce qu'elles soient beaucoup moins invasives par rapport à la convention⁹⁴⁷.

Cet exemple nous permet enfin de conclure que la dialectique des forces au niveau de l'arène internationale est justement l'élément qui nous permet de considérer l'intégration adaptative comme étant une innovation. Evidemment, cette perspective permet à l'Etat d'intégrer l'élément perturbateur pour se prémunir de lui. Mais cela ne peut empêcher l'intégration de donner ses effets principaux. L'innovation réside donc dans l'engagement qui a eu lieu pour la réalisation des principes de la convention, et c'est la pression qui a lieu par le jeu des objections et par le rôle, même limité, des organes de contrôle qui permet de pousser vers le déclenchement des réformes juridiques à l'intérieur du système juridique. En somme, même s'il y a adaptation des zones d'ombres du système concurrent à ses propres fins, on ne peut nier que l'innovation est bel et bien là.

⁹⁴⁷ David S. Jonas, Thomas N. Saunders, « The object and purpose of a treaty : three interpretative methods », *op.cit.*, p. 591.

SECTION II : L'INNOVATION INTEGRATIVE PAR LA RECUPERATION : L'EXEMPLE DES CONVENTIONS ISLAMIKES DES DROITS DE L'HOMME

L'histoire enseigne que les romains intégraient les dieux des populations conquises dans leur panthéon, leur donnaient des noms romains et s'adressaient à eux en usant de leurs propres prières. Cela garantissait un meilleur contrôle social ainsi que l'unification des populations et la préservation des structures en place. Plus important, cette initiative synchrétique permettait de neutraliser les risques d'opposition et d'éviter l'émergence de conflits religieux et politiques.

Pareillement, l'idée de l'innovation intégrative par voie de récupération implique le fait pour le système juridique de s'approprier les moyens du système concurrent et de les ajuster pour qu'ils s'imbriquent dans les structures en place, façonnées selon la logique et la philosophie de la raison juridique dont le système tente d'assurer la stabilité.

A partir de cette description, l'idée de l'innovation intégrative, surtout lorsqu'il s'agit du cas de la récupération, pourrait être critiquée elle aussi pour l'absence d'innovation. En effet, ceci est valable dans une certaine mesure puisqu'il a été établi que toutes les réactions du système sont générées dans une perspective de conservation et de survie. L'innovation n'est pas dans ce cas une révolution mais plutôt une continuité. L'idée d'innovation intégrative « s'approprie » cette critique comme faisant partie de sa raison d'être. Dès lors, ce n'est pas tant une faiblesse mais plutôt un but et une finalité à achever.

Par conséquent, il convient de préciser la signification de l'innovation dans la configuration d'intégration par récupération, où l'absence d'intention et d'impact innovateur au sens classique, risquent de nous laisser faire face à un non sens. Cette impression est pourtant trompeuse. Nous parlons, en effet, d'innovation à partir du moment où le système opère une action qui sort du cadre de la préservation primaire axée essentiellement sur le durcissement du discours interne et sur le fait de forcer son respect. Ainsi, dans le cas de l'intégration par la récupération, l'innovation réside dans le fait que le système quitte la position défensive tournée vers soi même afin d'embrasser l'interaction avec le système concurrent, proposer de nouvelles méthodes et créer de nouvelles catégories en son sein. Il va de soi que ces dernières ne sont pas forcément le produit du système concurrent, mais peuvent être tout à fait nouvelles. Pour résumer, l'idée de l'innovation pourrait renvoyer tout

simplement à l'influence du système concurrent, mais elle n'y est pas restreinte. Dans le cas du modèle de réaction présenté dans cette section, l'innovation réside dans la récupération des « idoles » des concurrents.

S'agissant de la raison juridique islamique, l'exemple phare est celui des droits de l'homme. Tout d'abord, c'est un concept problématique car remettant en cause à la fois la conception du juridique, du social et du politique et puis c'est un concept nouveau car la notion des droits de l'homme telle que théorisée en droit international est tout à fait étrangère au droit musulman. L'intégration de cette idole des temps nouveaux se fait par la récupération du concept au biais de déclarations à caractère islamique, tout en lui attribuant une signification nouvelle (Paragraphe 1) et en contrôlant sa portée transformatrice au niveau des textes (Paragraphe 2). A ce titre, nous allons nous concentrer sur les exemples fournis par la Déclaration du Caire des droits de l'homme en islam⁹⁴⁸ et par la charte arabe des droits de l'homme⁹⁴⁹.

PARAGRAPHE 1 : Une lecture personnalisée des droits

En observant la déclaration du Caire des droits de l'homme et la charte arabe des droits de l'homme, nous pouvons croire que nous avons affaire à deux textes qui se démarquent par leur différence. Une différence qui se lit tant dans le contexte qu'à l'origine de l'adoption, mais aussi dans le langage utilisé. Cependant, c'est bien cette divergence qui permet d'évaluer l'impact de l'intégration récupératrice et les formes qu'elle peut avoir. Dès lors, ces deux textes se rapprochent par le but poursuivi et offrent une palette des perspectives possibles dans le cadre de cette réaction du système juridique.

En effet, la charte arabe des droits de l'homme est l'œuvre de la Ligue des Etats Arabes qui vit le jour en 1945. Cette dernière reflète, selon certains, « la dialectique entre un élément importé d'une anthropologie politique étrangère et les authentiques sensibilités politiques du monde arabe »⁹⁵⁰. Cette sensibilité politique où l'histoire islamique pèse de son poids n'est pourtant pas essentiellement tournée vers l'approche théologique. Elle cherche plutôt à créer une solidarité étatique moderne comme le démontre le texte du préambule du pacte de la ligue des Etats arabes qui parle des « Etats arabes indépendants et souverains ». Il

⁹⁴⁸ Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en islam du 20 août 1990.

⁹⁴⁹ Charte arabe des droits de l'homme du 14 septembre 1994, révisée le 15 janvier 2004, entrée en vigueur le 15 mars 2008.

⁹⁵⁰ Olivier Carré, « La ligue des Etats arabes », *Revue Française de science politique*, 21ème année, N. 2, 1971, p. 362.

y a donc une volonté de dépasser la solidarité historique, souvent irrationnelle et basée sur des préceptes ancrés dans les théories religieuses. Ce nouveau type de solidarité entre des entités étatiques indépendantes mais conscientes du poids de la coopération est un produit inattendu de la dialectique mentionnée ci-dessus à tel point qu'on a pu considérer que « une union d'Etats arabes et musulmans séparés est une innovation, une étrangeté »⁹⁵¹. Il est donc tout à fait normal que la charte arabe des droits de l'homme soit porteuse d'une volonté de modernisation. Pour autant, elle ne pourra pas se distancer du capital historique et politique du contexte dans lequel elle est née.

A l'opposé, l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI), plus tard devenue l'Organisation de la Coopération Islamique, a vu le jour sur la base du besoin de redonner à la solidarité religieuse son importance historique. Ainsi, contrairement à la Ligue des Etats Arabes, l'OCI embrasse complètement cet aspect, considéré à une époque comme passéiste, regagnant un intérêt capital dans un contexte où la résurgence du religieux est devenu un phénomène planétaire. D'ailleurs, l'évènement donnant lieu à la création de l'OCI est révélateur puisque elle suivit l'incendie de la mosquée Al-Aqsa en 1969. A l'initiative des ministres des affaires étrangères arabes qui appelèrent en 1969 à la tenue d'une conférence islamique, les ministres des affaires étrangères des pays islamiques organisent à Djeddah des conférences menant à la création en 1972 de l'OCI. L'aspect religieux confondu avec les aspirations politiques, trait fondateur de la perception conventionnelle du rôle de l'islam, est donc le pilier de l'OCI. Le texte de la déclaration du Caire sur les droits de l'homme peut être considéré comme un canal pour exprimer cette dynamique et pour confirmer une certaine distance par rapport aux éléments de l'anthropologie juridique et politique étrangers.

L'observation des deux textes, permet dès lors d'entrevoir deux dimensions récurrentes liées toutes les deux à l'affirmation de la spécificité de la raison juridique et à l'intention de la préserver contre l'érosion. Ces deux dimensions relèvent de l'aspect culturel et politique des droits dont la consécration répond, en effet, au seul besoin d'affirmer l'actualité de la raison juridique et sa capacité de produire, à sa façon, certaines formes de modernité ou, au moins, de s'aligner sur les termes d'un nouveau paradigme. Evidemment, cette manœuvre peut engendrer un effet contraire à la nouveauté puisqu'elle consiste à ramener des concepts nouveaux dans un terrain connu et les faire évoluer selon les normes en place dans ce terrain. Mais nous cesserons pas de préciser que la nouveauté visée ici n'est

⁹⁵¹ Olivier Carré, « La ligue des Etats arabes », *op.cit.*, p. 365.

nullement substantielle. Elle se place au niveau de la diversification des réactions du système juridique. Dans ce cadre, il serait judicieux de se pencher sur la signification de ce qu'on appelle la dimension culturelle (A) et politique (B) des droits.

A. La dimension culturelle des droits

La dimension culturelle des droits incarne parfaitement l'idée de la récupération. En effet, elle renvoie à la relativisation des propos universalistes et à la mise en cause de l'idée de l'uniformité absolue du discours des droits de l'homme, et ce même hors du cadre occidental de sa production.

Plus encore, cette récupération cherche à nier la confirmation selon laquelle la culture islamique traditionnelle serait incapable de produire un discours centré sur les droits de l'homme⁹⁵².

Ainsi, il s'avère que le but recherché par les textes étudiés dépasse la simple consécration des droits pour prouver la capacité de la raison à produire ses manifestations culturelles propres. Ceci explique d'un côté, la centralité du paradigme religieux (1) et le contenu à forte connotation idéologique d'un autre (2).

1. La centralité du paradigme religieux

Un premier constat s'impose à la lecture des deux textes que sont la charte arabe des droits de l'homme et la déclaration du Caire. En effet, comme on l'avait mentionné plus haut, tous deux sont largement influencés par le contexte de leur adoption. Ainsi, l'énergie dégagée par le paradigme religieux n'est pas de la même intensité que l'on se pose sur le terrain de l'un des textes ou de l'autre. Cependant, sa présence reste indéniable.

Il va donc de soi que la déclaration du Caire soit porteuse d'une grande charge idéologique affirmant la prééminence civilisationnelle et la compatibilité avec le discours des droits de l'homme, voire même le fait d'être à son origine.

A ce titre, le préambule de la déclaration est révélateur. Il constitue une déclaration d'intention quant à la création d'un concept de droits humains à connotation religieuse. Ainsi, le préambule de la déclaration du Caire affirme « le rôle civilisateur et historique de la Oummah islamique », il cherche à « contribuer aux efforts par l'Humanité pour faire valoir

⁹⁵² « De cet Islam là, aucune théorie des droits de l'Homme ne peut dériver, pour la simple raison que l'Homme en est absent ». Slim Laghmani, « Islam et droits de l'homme », in Gérard Conac et Abdelfattah Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1994, p. 55.

les Droits de l'Homme [...] conformes à la charia » et confirme que « les droits fondamentaux et les libertés publiques font partie intégrante de la Foi islamique [...] que Dieu a dictés dans ses Livres révélés et qui constituent l'objet du message dont il a investi le dernier de ses Prophètes en vue de parachever les messages célestes, de telle sorte que l'observance de ces commandements soit un signe de dévotion ; leur négation, ou violation constitue un acte condamnable au regard de la religion ».

Il s'agit là d'une perspective nouvelle donnée au concept des droits de l'homme et qui coupe certainement avec l'idée généralement établie. Les droits ne sont plus une prérogative découlant de la nature humaine mais plutôt un don divin découvert dans la révélation. Il serait aussi normal que ces droits accordés par le divin se conforment au cadre général de la révélation. Dans ce sens, le préambule de la déclaration annonce que la promotion des droits doit se faire en conformité avec la charia. Globalement, la mise en place de cette conception peut être considérée comme l'apogée du rôle civilisateur et historique de la Oumma islamique qui se charge d'apporter au monde sa vision, révélée, des droits de l'homme.

L'entreprise de récupération pour assurer la légitimité historique et actuelle de la raison juridique est claire de par les propos utilisés. Elle est claire aussi de par la tentative d'établir la supériorité de l'origine des droits qui puisent leur source dans la volonté divine. Il y a là une volonté d'imposer l'idée de supériorité de ce nouveau concept à celui qu'il cherche à détrôner. Aussi, nous pouvons entrevoir l'idée de la supériorité de la communauté destinataire de ces droits et de son rôle dans la propagation de cette conception des droits de l'homme afin d'illuminer la voie pour l'humanité. Cette idée de la supériorité de la communauté et de tout ce qui immerge de la révélation est redondante dans l'idéologie traditionnelle de la raison juridique islamique. Elle participe à instaurer le sentiment chez le destinataire de la norme d'être soumis au meilleur système possible.

La lecture du préambule nous met ainsi face à un texte qui ne s'aligne absolument pas sur les conceptions universalistes. Et bien qu'il mentionne la participation aux efforts de l'humanité dans l'ancrage de la culture des droits de l'homme, le texte s'adresse clairement à la communauté islamique seulement. C'est une sorte de vocation régionale inversée où, au lieu de récupérer les textes universels pour les appliquer dans un contexte spécifique, on prend un texte émanant de ce contexte et on prétend le généraliser. Il n'en n'est rien en réalité puisque les rédacteurs du texte sont conscients de l'impossibilité de cette entreprise notamment à cause du grand conflit idéologique et axiologique entre les deux conceptions. En effet, cette entreprise semble plus porter sur l'isolation de la communauté islamique à laquelle

s'adresse ce texte et son confinement dans un modèle culturel des droits de l'homme conforme aux perceptions traditionnalistes de ce dernier et de sa place face au droit et à la société. Bien que le texte n'ait pas de valeur contraignante, cette tentative de repousser le contact avec les textes à valeur universelle ou d'empêcher qu'on s'y réfère en créant des textes s'appropriant le concept de le modelant selon ses propres standards culturels prouve bien l'esprit de l'intégration par voie de récupération. Cette dernière porte en effet sur le renouvellement des catégories juridiques, des structures des institutions et même du discours tout en préservant l'essence de la raison concurrencée. Cela donne un résultat assez chaotique au niveau des textes puisqu'on se retrouve face à une consécration de l'universalisme et du relativisme à la fois. Pourtant, il ne fait aucun doute que le dernier prime et qu'il dispose d'un statut central.

En effet, cette impression que donne le préambule se confirme à la lecture du corps de la déclaration qui réserve un statut majeur à la charia et aux préceptes de la loi islamique, en en faisant une mesure pour évaluer l'acceptabilité et l'applicabilité des droits. Cela transparaît à partir de l'article 24 de la déclaration qui dispose que « tous les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration sont soumis aux dispositions de la Charia », ainsi que l'article 25 qui impose la charia comme « l'unique référence pour l'explication ou l'interprétation de l'un quelconque des article contenus dans la présente Déclaration »⁹⁵³. Ces deux articles à vocation générale et qui rappellent le point focal vers lequel convergent toutes les dispositions de la déclaration, finissent par sceller l'idée de la supériorité de l'ordre religieux et de la coloration culturelle du texte qui s'offre aussi en tant que mesure de sa lecture et de sa légitimité.

Cette idée de la prééminence de la charia dans la lecture des droits ne manque pas de poser certains problèmes d'ordre théorique mais aussi pratique. Théoriquement, cette déclaration qui se présente comme une valeur ajoutée aux efforts humains globaux pour la promotion des droits de l'homme, ne fait que limiter ces efforts en posant une condition *sine qua non* à l'application de tous les droits et qui s'incarne dans la conformité avec les préceptes de la charia. Mais quelle charia ? Le terme ne peut, en effet, être plus ambigu. Evidemment, cela va contre les besoins de l'interprétation puisqu'on ne peut expliquer des dispositions normatives aux termes d'une référence, devant elle même être soumise à l'épreuve de l'interprétation. Plus encore, on peut considérer que cet usage d'un terme qui porte autant à la confusion que la charia ou les préceptes de la loi islamique, donne aux Etats

⁹⁵³ Voir aussi les articles 8, 9, 12, 16, 19, 22 et 23 de la déclaration.

appliquant la déclaration la prérogative de déterminer la nature de cette dernière. Ce faisant, la déclaration ne garantit pas la lecture uniforme des droits ni leur application d'ailleurs. En effet, on peut imaginer que l'interprétation du conseil des gardiens de la révolution Iranien ne soit pas la même que celle donnée par la cour suprême constitutionnelle de l'Egypte ou encore de l'Arabie Saoudite qui failli elle même à en apporter une définition stricte malgré le fait qu'elle soit désignée comme sa loi officielle. N'ayant pas créé une autorité officielle chargée de la détermination des contours de ce concept ou à la limite des dispositions de la déclaration à sa lumière, la déclaration laisse ainsi une marge d'intervention considérable aux Etats qui sont donc libres d'apporter des interprétations aussi diverses que les intérêts qu'ils recherchent et poursuivent. En sachant que la déclaration compte parmi ses signataires des Etats s'alignant sur les interprétations les plus conservatrices du concept de charia, le texte semble perdre tout son intérêt. Ainsi, en renforçant les Etats de la sorte au détriment des individus, la déclaration failli au rôle désigné de texte en faveur des droits de l'homme et qui réside dans l'offre de garanties étatiques à l'égard des individus. Plus loin, la déclaration du Caire se trouve dans l'échec de concilier islam et droits de l'homme. Il semble même qu'elle participe à approfondir l'impact du conflit au lieu de le résoudre ou d'apporter au moins des éléments de réponse à la façon d'accorder ces deux paradigmes concurrents.

A ce titre, la déclaration du Caire ne se démarque pas vraiment de son prédécesseur, la déclaration islamique universelle des droits de l'homme adoptée sous l'égide du conseil islamique, le 10 septembre 1981⁹⁵⁴. A l'instar de cette dernière, la déclaration du Caire se soucie plus de démontrer que la charia comprend des dispositions incluses tant dans la déclaration universelle des droits de l'homme que dans la convention de Genève de 1949, et qu'elle est à cet égard une référence complète en matière de droit international des droits de l'homme et de droit international humanitaire. Cette tentative cherche à prouver la complétude de la charia et tend à justifier le fait de puiser les droits et règles générales de moralité dans le contexte culturel islamique. Pour autant, les deux déclarations peinent à délivrer une construction cohérente des droits dans ce contexte précis.

De son côté, le cas de la charte Arabe des droits de l'homme présente plusieurs différences significatives résidant surtout dans son évolution au fil du temps.

⁹⁵⁴ Zalmaï Haquani, « Déclaration islamique universelle des droits de l'homme », in Académie de droit international de La Haye (colloques/ workshop series) (ed.), *The future of international law in a multicultural world*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1984.

En effet, le préambule de la charte du 15 septembre 1994 est largement influencée par la dimension religieuse puisque les signataires qui déclarent leur foi d'être une nation privilégié par Dieu, y concrétisent « les principes éternels définis par le droit musulman » et réaffirment « leur attachement à la Déclaration universelle des droits de l'homme, aux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et la déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam ». Cette tendance nous permet de considérer la charte comme une forme de réponse islamique à la question des droits de l'homme. Pour autant, le caractère régional de l'organisation à l'origine du texte a permis de pondérer ce penchant et d'orienter la charte vers des perspectives plus ouvertes, ce qui constitue une rupture avec la déclaration du Caire.

Ainsi, le texte de la charte arabe des droits de l'homme de 2004 n'évoque plus le droit musulman mais concrétise « les principes éternels de fraternité, d'égalité et de tolérance entre les êtres humains consacrés par l'Islam et les autres religions révélées ». Dès lors, on ne se réfère plus à un corpus juridique contraignant mais on à un contexte culturel s'inscrivant dans la continuité des produits de l'humanité et consacrant des principes universels. Aussi, malgré le renvoi au texte controversé de la déclaration du Caire sur les droits de l'homme dans les deux versions, ce qui signifie un attachement continu à l'influence de la dimension religieuse, un article premier a été ajouté à la charte et qui reflète malgré tous les défauts, selon certains, un engagement clair et explicite pour l'idée de l'universalité⁹⁵⁵. Dans ce sens, l'article 1 de la charte de 2004 dispose que « la présente Charte vise, dans le cadre de l'identité nationale des États arabes et du sentiment d'appartenance à une civilisation commune, à réaliser les objectifs suivants:

a. Placer les droits de l'homme au cœur des préoccupations nationales dans les États arabes de façon à en faire de grands idéaux qui orientent la volonté de l'individu dans ces États et lui permettent d'améliorer sa réalité en accord avec les nobles valeurs humaines;

b. Inculquer à l'être humain dans les États arabes la fierté de son identité, la fidélité à sa patrie et l'attachement à sa terre, à son histoire et à ses intérêts communs et faire en sorte qu'il s'imprègne d'une culture de fraternité humaine, de tolérance et d'ouverture sur autrui, conformément aux principes et aux valeurs universels et à ceux qui sont proclamés dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ». Dès lors, on peut confirmer que le paradigme religieux est tout aussi présent dans la charte arabe en tant que facteur déterminant

⁹⁵⁵ Dalia Vitkauskaite-Meurice, « The Arab charter on human rights : The naissance of new regional human rights system of a challenge to the universality », *Jurisprudence*, Vol. 1, N. 119, 2010, p. 173.

de l'identité régionale. Pour autant, sa présence juridique est pondérée par une volonté de s'ouvrir aux propos universalistes et de réaliser un équilibre entre le particularisme de l'identité et l'universalité de l'humanité. En effet, malgré sa référence à la déclaration du Caire, la charte arabe réussit partiellement là où la dernière échoue. La récupération ne ressemble pas dans ce cas à un procédé artificiel de légitimation mais à une tentative de couplage qui vise à s'insérer dans un contexte dépassant les spécificités de la dynamique interne et de la raison qui participe à sa survie. D'ailleurs, cette différence se lit au niveau du contenu des droits.

2. Le contenu des droits

Les droits contenus dans les deux textes étudiés sont initialement neutres. Cependant, leur introduction dans un contexte où la dimension culturelle du droit est mise en avant a permis d'apporter des modifications à leur contenu. Evidemment, ces modifications sont beaucoup plus apparentes au niveau de la déclaration du Caire des droits de l'homme. Ceci étant, la charte arabe des droits de l'homme n'est pas en reste et se trouve influencée à plusieurs égards par l'esprit conservateur de la première.

L'article 2 de la déclaration du Caire révèle ainsi la possibilité d'altérer le contenu des droits selon la perspective poursuivie. Ainsi, il dispose « qu' il est défendu d'ôter la vie sans motif légitime »⁹⁵⁶. Ce motif légitime est bien évidemment la peine de mort qui semble ainsi reconnue et consacrée dans ce texte. Pour sa part la charte arabe des droits de l'homme de 2004 a été plus explicite dans sa consécration de la peine de mort et l'a encadrée par des conditions spécifiques, en disposant dans son article 6 que « la peine de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves conformément aux lois en vigueur au moment où le crime est commis et en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent. Toute personne condamnée à la peine de mort a le droit de solliciter la grâce ou l'allègement de sa peine ». Ainsi, les deux textes se conforment à une obligation religieuse puisque la peine de mort est une sentence prévue dans le texte divin pour certains crimes et que l'observation des peines divines est un devoir. Par ailleurs, l'article 2.d) de la déclaration du Caire prévoit la possibilité d'infliger des châtiments corporels pour motifs légitime en disposant que « l'intégrité du corps humain est garantie; celui-ci ne saurait être l'objet d'agression ou d'atteinte sans motif légitime ». Ceci est compréhensible en sachant que ces châtiments ont aussi le statut d'obligation religieuse et que certains Etats signataires continuent de les

⁹⁵⁶ Article 2 para. a de la déclaration du Caire sur les droits de l'homme.

pratiquer et de les compter parmi les normes juridiques applicables dans leurs systèmes internes. Pour sa part la charte arabe des droits de l'homme reconnaît l'interdiction de la torture et s'aligne sur les propos de la convention sur l'interdiction de la torture. Pour autant, la charte n'a pas pu exiger des Etats parties de prendre les mesures législatives nécessaires afin d'empêcher la réalisation de telles exactions.

L'article 2 de la déclaration du Caire contient aussi dans son paragraphe c) ce qui peut être considéré comme une interdiction de l'avortement en disposant que « la préservation de la continuité de l'espèce humaine jusqu'au terme qui lui est fixé par Dieu est un devoir sacré ». Cette lecture est confirmée par les propos de l'article 7 qui avance que « la mère et le fœtus doivent également être protégés et faire l'objet d'une attention particulière ». Plus tard, l'OCI développera explicitement cette interdiction dans la convention des droits de l'enfant en islam⁹⁵⁷ puisqu'il est dit que « l'enfant a droit à la vie depuis le moment où il est fœtus dans le ventre de sa mère ou en cas de risque de décès de sa mère. L'avortement est interdit sauf dans l'intérêt de la mère, de l'enfant ou des deux à la fois ».

Concernant la conception de la famille, les deux textes s'accordent sur la vision religieuse et traditionnelle de la famille en faisant le centre du corpus social. La déclaration du Caire avance dans son article 5 que c'est le « le fondement de l'édification de la société. Elle est basée sur le mariage » alors que l'article 33 de la charte dispose que « la famille est la cellule naturelle et fondamentale de la société; elle est fondée sur le mariage entre l'homme et la femme ; le droit de se marier et de fonder une famille selon les règles et les conditions régissant le mariage ». Une fois encore, la charte peine à reconnaître que les règles régissant le mariage, souvent tirées du droit musulman, dans beaucoup de ses Etats membres ne sont pas égalitaires et n'accordent pas les mêmes droits aux hommes qu'aux femmes. L'attachement religieux de la charte au niveau des questions du statut personnel reflète une tendance générale au sein des Etats arabes et qui a été étudiées lors de l'observation des réserves formulées à l'égard de la CEDEF.

Pour sa part, la déclaration du Caire rappelle que « aucune entrave relevant de la race, de la couleur ou de la nationalité ne doit les empêcher de jouir de ce droit » sans pour autant mentionner la religion puisqu'il est interdit à la femme musulmane d'épouser un non musulman. Par ailleurs, l'article 6 apporte une précision très singulière car elle peut être interprétée comme restrictive. En effet, il dispose que « la femme est l'égale de l'homme au

⁹⁵⁷Convention des droits de l'enfant en islam du 28 juin 2005.

plan de la dignité humaine » ce qui nous pousse à nous demander si cette égalité s'arrête au niveau de la dignité. Des éléments de réponse ne tardent pas d'être apportés par le paragraphe b) de cet article puisque il y est précisé que « la charge d'entretenir la famille et la responsabilité de veiller sur elle incombent au mari ». L'égalité en question n'est, en effet, pas totale. Dès lors, les deux textes aspirent à préserver le cadre social nécessaire à l'acception et à la réception inconditionnelle des normes juridiques en place. Nous avons expliqué auparavant le lien intrinsèque entre l'institution de la famille et le système juridique.

Le statut des femmes, ou plutôt la limitation des statuts des femmes, est plus amplement consacrée. Par exemple, l'article 12 de la déclaration du Caire dispose que « tout homme a droit, dans le cadre de la Charia, à la liberté de circuler et de choisir son lieu de résidence à l'intérieur ou à l'extérieur de son pays ». La condition de se conformer à la charia rappelle ici les limitations imposées à la circulation des femmes dans certains Etats islamiques tels que l'Arabie Saoudite. Dans ce cadre, la charte arabe n'a pas dérogée à la règle en n'exigeant pas explicitement de se conformer aux conditions de la charia mais en conditionnant l'application du droit par les normes législatives en vigueur. Or, ces dernières trouvent leurs origines dans ce domaine dans le référent religieux. Dans ce sens, l'article 26. a) de la charte arabe dispose que « toute personne qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie jouit de la liberté de circuler et choisit librement son lieu de résidence, où que ce soit sur ce territoire dans le respect des lois en vigueur ». Ces dispositions de la charte arabe portent d'autant plus à confusion si on les lit en combinaison avec l'article 3 qui dispose que « l'homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique ». Dans ce contexte, la charte étend l'égalité au delà de la dignité pour couvrir aussi les droits et les devoirs. Mais, c'est la référence à la discrimination positive au profit de la femme par la charia islamique qui reste un concept flou et insaisissable. C'est ici que la récupération joue son rôle puisque les rédacteurs soutiennent l'idée que la charia contient des dispositions au profit des femmes contrairement à l'opinion répandue à ce sujet.

Concernant la question religieuse, la déclaration du Caire ne consacre ni la liberté de penser ni la liberté de conscience. En effet, l'article 22 dispose « a) Tout homme a le droit d'exprimer librement son opinion pourvu qu'elle ne soit pas en contradiction avec les principes de la Charia. b) Tout homme a le droit d'ordonner le bien et de proscrire le mal, conformément aux préceptes de la Charia. c) L'information est un impératif vital pour la société. Il est prohibé de l'utiliser ou de l'exploiter pour porter atteinte au Sacré et à la dignité

des prophètes ou à des fins pouvant nuire aux valeurs morales et susceptibles d'exposer la société à la désunion, à la désintégration ou à l'affaiblissement de la foi ». Ainsi, la liberté d'expression se trouve confinée dans les limites strictes de la charia. Le devoir d'ordonner le bien et de proscrire le mal pour les croyants est transformé en droit et représente lui aussi un grand frein à la liberté d'expression ou à celle de manifester sa conscience. Enfin, le concept d'interdiction de la diffamation des religions est introduit.

Par ailleurs, l'article 10 présente la notion de liberté religieuse d'une manière assez singulière en disposant que « l'Islam est la religion de l'innéité. Aucune forme de contrainte ne doit être exercée sur l'homme pour l'obliger à renoncer à sa religion pour une autre ou pour l'athéisme; il est également défendu d'exploiter à cette fin sa pauvreté ou son ignorance ». La lecture de cet article à la lumière de l'article 18 qui dit que « tout homme a le droit de vivre protégé dans sa [...] sa religion » peut laisser entendre que la seule liberté religieuse est celle d'être musulman. Ainsi, c'est des musulmans qu'il s'agit lorsque la déclaration interdit la contrainte pour faire changer quelqu'un de religion. Ceci revêt tout son sens à la lumière des règles de l'islam qui imposent d'appeler les hommes à joindre la foi réelle qui est l'islam.

A ce sujet, la charte arabe des droits de l'homme adopte une position différente puisqu'elle garantit dans son article 30 « la liberté de pensée, de croyance et de religion, qui ne peut faire l'objet d'aucune restriction non prévue par la loi ». Elle marque de ce fait une rupture avec la conception autocentrée de la déclaration islamique. Pour autant, c'est au niveau de la liberté de manifester sa religion ou sa conscience que la charte prend un revirement conservateur. Elle dispose que « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ou de pratiquer individuellement ou collectivement les rites de sa religion ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société tolérante, respectueuse des libertés et des droits de l'homme pour la protection de la sûreté publique, de l'ordre public, de la santé publique ou de la moralité publique ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui ». Encore une fois, ces restrictions sont celles qui trouvent, chez les Etats signataires, leurs origines dans des dispositions religieuses limitant les manifestations de liberté d'expression et de conscience sur la base des considérations prenant souvent la forme de préservation de l'ordre moral ou publique.

Quoi qu'il en soit, et bien qu'elle se manifeste à des degrés différents ou sous des formes différentes, la dimension culturelle se laisse lire dans les deux textes de la déclaration du Caire et de la charte arabe des droits de l'homme. La construction religieuse du droit et de

la société, étant à l'essence même de la première, elle représente au sein de la seconde un aspect fondamentale de la construction de l'identité arabe qu'elle cherche à consacrer.

Le paradigme religieux aspire donc la notion des droits de l'homme dans son propre champ d'intervention et la modèle selon une vision du monde spécifique. Cette récupération fortifie le système doublement. D'un côté, elle dénature les produits des systèmes juridiques concurrents et les vide de toute efficacité. D'un autre, elle permet de donner lieu à proclamer que la raison juridique du système en péril est capable de produire elle-même ces concepts phares. Cela peut avoir lieu en usant d'un discours apologétique comme c'est le cas de la déclaration du Caire ou en faisant des pas vers une réelle rencontre avec le discours nouveau comme cela transparaît au niveau de la charte. Pour autant, même cet effort ne peut réussir à mettre de côté l'importance du facteur politique au niveau de la récupération.

B. La dimension politique des droits : Une définition du droit des peuples à disposer d'eux mêmes

En évoquant la question de la récupération, la dimension politique du texte revêt toute son importance. Ainsi, non seulement le texte représente la consécration d'un point de vue culturel et moral, il signifie aussi la continuité de ces derniers dans les positions politiques exprimées. Dès lors, il n'existe pas vraiment de rupture entre les deux dimensions qui représentent plutôt deux versants d'un même souci d'affirmation identitaire et civilisationnelle. Ce souci s'explique par le fait tant répété que la raison juridique est une vision du monde et la somme de points de vue philosophiques et politiques donnant naissance à un système juridique donné. Dans ce cadre, l'étude de la dimension politique des textes juridiques en question retrouve tout son sens.

Tant dans la charte arabe des droits de l'homme que dans la déclaration du Caire, cette dimension politique se concrétise dans une consécration atypique du droit des peuples à disposer d'eux mêmes. Ce droit se retrouve porteur d'un sens plus large que celui qui lui est généralement attribué et devient le nœud gordien dans la représentation de plusieurs autres droits et leur conception. Cette interrelation systémique entre les droits prouve qu'il ne s'agit pas d'une simple reconnaissance ou proclamation mais plutôt d'une prise de position. Cette dernière, nous la situons dans le cadre de l'intégration par voie de récupération.

Pour expliquer cette dimension, nous nous proposons ainsi d'étudier le contenu traditionnel du droit des peuples à disposer d'eux mêmes, avant d'exposer le point de vue des deux textes en question sur ce sujet.

1. La conception traditionnelle du droit des peuples à disposer d'eux mêmes

La question du droit des peuples à disposer d'eux mêmes a été consacrée dans le droit positif international dans l'article 1 paragraphe 2 de la charte des Nations Unies⁹⁵⁸, ainsi que dans l'article 55 de cette dernière⁹⁵⁹. Cette confirmation, pourtant d'une valeur juridique incontestée, ne renvoie pas au sens qu'on a souvent voulu lui attribuer.

En effet, ces deux articles ont été utilisés comme un point de départ par la majorité anticolonialiste afin d'imposer un droit à l'indépendance des pays colonisés. Pour autant, il faut revenir au contexte de l'article 1 de la charte pour se rendre compte qu'il « ne proclame ni le droit de tous les peuples à l'indépendance, ni même celui des seuls peuples soumis à la domination coloniale »⁹⁶⁰. En relisant l'article 1, il en ressort que ce dernier s'adresse aux nations, équivalent des Etats dans le langage de la charte. Cette première remarque nous permet de soulever qu'on ne peut pas parler d'Etat dès lors qu'il s'agit des peuples colonisés ou des peuples cherchant à acquérir leur indépendance. Par ailleurs, le contexte de l'article 1 et qui vise à assurer des relations amicales entre les Etats en tant que conditions nécessaire de la paix exige la capacité des peuples à disposer d'eux mêmes. L'article 55 qui reprend quasiment la même formule de relations amicales et pacifiques évoque l'idée d'entre-aide économique et sociale ainsi que la coopération dans des domaines nécessitant un accès à la souveraineté tel le respect effectif et la promotion des droits de l'homme, ce qui ne peut avoir de sens que si ce droit des peuples à disposer d'eux mêmes concernait bien des peuples érigés en Etats. En somme, le droit des peuples à disposer d'eux mêmes dans la charte équivaldrait à une obligation de ne pas intervenir dans les affaires internes des Etats et n'a pas été forgé au départ en tant qu'un droit à l'indépendance ou à la décolonisation. Plus encore, « ce processus est d'autant plus surprenant que, loin de promouvoir la décolonisation, la charte organise juridiquement le colonialisme : elle ne prévoit aucunement l'indépendance des territoires non

⁹⁵⁸ L'article 1 paragraphe 2 dispose : « Les buts des Nations Unies sont les suivants : 2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde ».

⁹⁵⁹ L'article 55 dispose : « En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront : a. Le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ; b. La solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ; c. Le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

⁹⁶⁰ Jean Charpentier, « Le droit des peuples à disposer d'eux mêmes et le droit international positif », *Revue Québécoise de droit international*, 1985, p. 199.

autonomes (Chapitre XI) et n'envisage celle des territoires sous tutelle que comme une possibilité, l'autre étant, selon l'article 76, al. b leur évolution vers l'auto-administration »⁹⁶¹.

Ce n'est que plus tard, avec l'adoption de la fameuse résolution 1514⁹⁶² que le droit des peuples colonisés à l'indépendance a été consacré, sans pour autant constituer un droit de tous les peuples à l'indépendance⁹⁶³ puisqu' « il fallait à tout prix refermer la boîte de Pandore et réserver à certains peuples ce que l'on refuse à tous les autres »⁹⁶⁴. Cette tendance a été confirmée à l'occasion de la résolution 2625⁹⁶⁵ dans laquelle on peut lire que tous les peuples disposent du droit de « déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel » et que le fait de « soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangère » est qualifié comme une violation du droit à l'autodétermination. Dès lors, c'est à partir de l'évolution du droit international que le droit des peuples à disposer d'eux mêmes a gagné le sens par lequel il est connu aujourd'hui et c'est ce qui nous permet de confirmer que « c'est, sans doute aucun, une règle de droit international coutumier »⁹⁶⁶.

Pourtant, ces résolutions qui insistent sur la notion d'autodétermination des peuples, peinent à déterminer le sens précis de cette expression qu'est le peuple. Par ailleurs, la confusion ne peut que s'approfondir à la lecture des propos de la CIJ qui annonce que « la validité du principe d'autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n'est pas diminuée par le fait que dans certains cas l'Assemblée Générale n'a pas un devoir d'exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire. Ces exceptions s'expliquent soit par la considération qu'une certaine population ne constituait pas un « peuple » pouvant prétendre à disposer de lui-même, soit par la conviction qu'une consultation eût été sans nécessité aucune, en raison de circonstances spéciales. »⁹⁶⁷. Ici, la Cour reste muette sur les conditions qui permettent de qualifier une certaine population de peuple capable donc d'aspirer au droit à l'autodétermination. A cet effet, la réponse

⁹⁶¹ Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 577.

⁹⁶² A.G. 1514 du 14 décembre 1960, *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Assemblée Générale de l'ONU.

⁹⁶³ « Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies ». *Ibid.*

⁹⁶⁴ Jean Charpentier, « Autodétermination et décolonisation », in Mélanges offerts à Charles Chaumont, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : Méthodes d'analyse du droit international*, Paris, PEDONE, 1984, p. 120.

⁹⁶⁵ A.G. 2625 du 24 octobre 1970, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Assemblée Générale de l'ONU.

⁹⁶⁶ Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 578.

⁹⁶⁷ *Sahara occidental*, Avis consultatif, *C.I.J.*, Recueil 1975, p. 33.

apportée reconnaît que « comme sujets de droit, les peuples se définissent par les droits et obligations qui leur sont reconnus par le droit international. Or, ceux ci varient en fonction de la situation concrète des peuples, si bien que le droit des peuples à disposer d'eux mêmes apparaît comme un principe à contenu variable »⁹⁶⁸.

Ainsi, peut-on parler du droit à l'autodétermination interne qui « consiste à garantir à un peuple qu'il puisse disposer d'un gouvernement qui l'exprime et en représente pleinement la volonté et les aspirations »⁹⁶⁹ qu'on peut tout simplement traduire à un droit aux institutions démocratiques. Par ailleurs, il existe le droit à l'autodétermination externe qui consiste en la liberté de faire le choix de se constituer ou non en un Etat ou le choix de renoncer à l'indépendance pour se rattacher à un autre Etat. Mais, il faut noter que si l'autodétermination externe conduit à la sécession, elle devient alors en contradiction avec un autre principe fondamental du droit international qui est celui de l'intégrité territoriale des Etats. Dans ce cas de figure, il devient clair, même à la lecture des résolutions de l'Assemblée Générale, que le principe d'intégrité prévaut au principe d'autodétermination. Plus encore, il a été confirmé que « le droit à la décolonisation ne saurait donc être assimilé à un droit à la sécession et, s'il ne fait aucun doute que la décolonisation est un droit subjectif des peuples coloniaux (qui se traduit en principe par leur accession à l'indépendance), la sécession, seul moyen pour des peuples non coloniaux, minoritaires au sein de l'Etat, d'accéder à la souveraineté internationale, ne constitue certainement pas un tel droit »⁹⁷⁰.

Malgré cette distinction qui a été considérée comme l'application d'un double standard poussant à croire que seul le droit des peuples à la décolonisation serait consacré comme une règle du droit international coutumier⁹⁷¹, il ne faut pas nier le fait que le droit des peuples à disposer d'eux mêmes, quelle que soit son étendu, est considéré aujourd'hui comme un droit humain.

Ainsi, même si il a été soutenu au départ qu'il existe une différence fondamentale entre la dignité de la personne humaine et la vocation à pondérer le pouvoir des Etats face aux

⁹⁶⁸ Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, op.cit., p. 579.

⁹⁶⁹ Giancarlo Guarino, « La charte arabe des droits de l'homme et le principe d'autodétermination des peuples : les racines d'un conflit », in Claudio Zanghi et Rafaa Ben Achour (dir.), *La nouvelle charte arabe des droits de l'homme de l'homme : dialogue italo-arabe*, Actes de la tables ronde italo-arabe du 17 et 18 décembre 2004, Turin, Giappichelli Editore, 2004, p. 328.

⁹⁷⁰ Alain Pellet, « Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux mêmes », in Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez Dé Aréchaga, *Le droit international dans un monde en mutation*, Montevideo, Fundacion de universitaria, 1994, p. 260.

⁹⁷¹ Jean Charpentier, « Le droit des peuples à disposer d'eux mêmes et le droit international positif », op.cit., p. 202.

individus d'un côté, et de l'autre un principe politique qui puisse modifier les composantes de la société internationale⁹⁷². Pour autant, il faut noter qu'avec l'évolution constante de cette société et du droit international lui-même, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tel que consacré dans les pactes se présente dans une perspective encore une fois nouvelle. Cette dernière n'équivaut pas au droit à la décolonisation pour des raisons de fait, mais aussi au vu du contexte générales des pactes. Ainsi, ce droit semble s'inscrire dans la cohérence de ces textes.

Ainsi l'article 1 des deux pactes de 1969 dispose que « 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. 2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. 3. Les Etats parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies ». A la lecture globale de cet article, il transparaît un sens nouveau du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et qui va justement bien au delà de l'idée de la décolonisation.

En effet, ce droit devient le détenteur d'une valeur transversale qui concerne tant la détermination du système politique, le développement économique et culturel et enfin la disposition entière des richesses nationales. Par ailleurs, les Etats se retrouvent dans l'obligation de protéger le droit à l'autodétermination et de le promouvoir sans obligation de réciprocité et d'une manière absolue⁹⁷³.

Dès lors, le droit à l'autodétermination des peuples est érigé en une position centrale où il n'est plus un droit comme les autres mais la condition même de la réalisation de ces derniers. De par sa nature transversale et son caractère généraliste, ce droit apparaît comme la condition nécessaire à la réalisation de tout autre droit consacré dans les pactes. Plus encore, les pactes consacrent l'idée selon laquelle le principe de l'autodétermination des peuples

⁹⁷² Jean Charpentier, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit international positif », *op.cit.*, p.210.

⁹⁷³ *Ibid.*

passer par la mise en place du principe démocratique ce qui est en soit une grande évolution par rapport au point de commencement de ce droit.

Pour finir, cette présentation de la genèse du droit des peuples à disposer d'eux mêmes a été nécessaire dans le contexte de notre étude. Cette genèse nous permettra de comparer ce concept à la manière dont il est consacré dans les textes de la charte arabe des droits de l'homme et dans celui de la déclaration du Caire. Ainsi, on pourra juger de l'étendue de la récupération opérée, à la fois par rapport au sens du concept que par rapport à son efficacité opérationnelle.

2. La conception du droit des peuples à disposer d'eux mêmes dans la charte arabe et dans la déclaration du Caire

La question du droit des peuples à disposer d'eux mêmes est successivement consacrée dans les articles 2⁹⁷⁴ de la charte arabe des droits de l'homme et 11 al. b de la déclaration du Caire.

Comme nous l'avons auparavant exposé, la formulation de ce droit dans les deux textes est très singulière. Bien qu'il existe certaines différences entre les deux, on peut cependant affirmer qu'il ne s'agit pas d'une simple déclaration rituelle mais plutôt d'un marquage qui acquiert un sens lourd au vu des développements historique et politique des Etats membres.

Dans l'article 11 al. b de la déclaration du Caire, on peut lire en effet que « La colonisation, sous toutes ses formes, est strictement prohibée en tant qu'une des pires formes d'asservissement. Les peuples qui en sont victimes ont le droit absolu de s'en affranchir et de rétablir leur autodétermination. Tous les Etats et peuples ont le devoir de les soutenir dans leur lutte pour l'élimination de toutes les formes de colonisation et d'occupation. Tous les peuples ont le droit de conserver leur identité propre et de disposer de leurs richesses et de leurs ressources naturelles ». Une équivalence est donc établie entre le fait de mettre fin à la colonisation et l'autodétermination des peuples. L'article opère une sorte de consécration négative puisqu'il se concentre sur l'idée de la colonisation plutôt que sur celle de

⁹⁷⁴ Ce fut l'article 1 dans la charte de 1994 composé seulement de deux paragraphes.

« a) Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes et de disposer de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. En vertu de ce droit, ils déterminent leur régime politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. b) Le racisme, le sionisme, l'occupation et la domination étrangère sont des pratiques qui défient la dignité humaine et constituent un obstacle majeure à la jouissance des droits fondamentaux par les peuples; il faut condamner ces pratiques et faire en sorte qu'elles soient supprimées es un devoir ».

l'autodétermination. Plus encore, l'article opère une liaison entre le concept traditionnel de colonisation en parlant de l'affranchissement des peuples et entre les conceptions modernes visant la conservation de l'identité et la libre disposition des richesses.

Cette concentration sur l'idée de la colonisation s'explique par le fait que l'OCI développe une idée de l'autodétermination qui est similaire à la conception originale de la charte des Nations Unies et qui respecte aussi la prévalence de l'idée de l'intégrité territoriale. En revenant à la charte de l'OCI du 14 mars 2008, nous pouvons lire que l'organisation tend à « respecter le droit à l'autodétermination et la non-ingérence dans les affaires intérieures et à respecter la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité territoriale de chaque Etat membre ». Cela explique le fait que la déclaration du Caire se concentre l'idée de la colonisation et veille à ne mentionner le concept d'autodétermination que dans ce contexte très précis. Cela n'est pas sans rappeler encore une fois le contexte de l'utilisation de ce terme dans la charte même de l'OCI. En effet, le 14ème principe de cette dernière dispose que l'organisation veille « à soutenir la lutte du peuple palestinien actuellement sous occupation étrangère, et à lui donner les moyens de recouvrer ses droits inaliénables y compris le droit à l'autodétermination et le droit de créer son Etat souverain avec pour capitale al-Qods al-Charif, tout en préservant le caractère historique et islamique et les lieux saints de cette ville ». En effet, cette article donne tout son sens aux dispositions de la déclaration du Caire qui constituent dans leur propos sur la colonisation et l'occupation un rappel direct à la cause palestinienne, déjà consacrée dans la charte de l'OCI à plusieurs reprises⁹⁷⁵. Par ailleurs, l'idée de la libre disposition des ressources et de la sauvegarde l'identité répond parfaitement à l'idée de l'autodétermination consacrée dans la charte et qui met en exergue l'idée du respect de la souveraineté⁹⁷⁶.

Ainsi, la déclaration du Caire se retrouve en cohérence avec son propre contexte et ses objectifs. Le contexte, étant celui de la récupération de l'idée des droits de l'homme, il n'est pas surprenant que le texte réduise un droit comme celui de l'autodétermination à sa propre

⁹⁷⁵ Article 1 de la charte de l'OCI de 2008 : « Les objectifs de l'Organisation de la Conférence islamique sont les suivants : [...] 2. Sauvegarder et protéger les intérêts communs et soutenir les justes causes des Etats Membres, et coordonner et unifier les efforts des Etats membres face aux défis auxquels se trouvent confrontés le monde islamique en particulier et la communauté internationale en général ;[...] 4. Soutenir la restauration de la souveraineté complète et l'intégrité territoriale d'un Etat membre sous occupation étrangère par suite d'une agression, sur la base du Droit International et de la coopération avec les organisations internationales et régionales compétentes ; [...] 8. Soutenir le peuple palestinien et lui donner les moyens d'exercer son droit à l'autodétermination et à créer son Etat souverain, avec pour capitale al Qods al-Charif, tout en préservant le caractère historique et islamique ainsi que les Lieux Saints de cette ville ».

⁹⁷⁶ « Les objectifs de l'Organisation de la Conférence islamique sont les suivants : [...] 3. Respecter le droit à l'autodétermination et la non-ingérence dans les affaires intérieures et respecter la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité territoriale de chaque Etat membre ».

cause politique qui est celle du territoire palestinien. Par ailleurs, étant caractérisée comme une cause islamique et religieuse, le refus de l'occupation de la Palestine est en accord total avec les objectifs de la déclaration qui vise à « contribuer aux efforts déployés par l'Humanité pour faire valoir les Droits de l'Homme dans le but de le protéger contre l'exploitation et la persécution, et d'affirmer sa liberté et son droit à une vie digne, conforme à la Charia »⁹⁷⁷.

A cet effet, la charte arabe des droits de l'homme est plus explicite puisqu'elle déclare rejeter dans son préambule « toutes les formes de racisme et le sionisme qui constituent une violation des droits de l'homme et une menace pour la paix et la sécurité internationales ». Ces propos ne sont pas sans rappeler la résolution 3379 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui « considère que le sionisme est une forme de racisme et de discrimination raciale »⁹⁷⁸. Cette dernière, retirée en 1991⁹⁷⁹, ne peut plus figurer parmi les références de légitimation de la charte à ce sujet.

Dans la continuité du préambule, l'article 2, al. c) de la charte dispose que « toutes les formes de racisme, le sionisme, l'occupation et la domination étrangères constituent une entrave à la dignité de l'homme et un obstacle majeur à l'exercice des droits fondamentaux des peuples; il est impératif de condamner leur pratique sous toutes ses formes et de veiller à leur élimination ». Dans ce sens, il est vrai que cette formulation « résonne plus comme une mise en garde que comme une affirmation effective »⁹⁸⁰. La formulation de la charte contient encore une fois ce couplage entre l'idée de l'occupation et du racisme. Idée bien singulière, elle semble avoir une signification qui va au delà de la simple juxtaposition de deux violations des droits de l'homme. Selon certains, cette référence au racisme est plutôt une allusion à une autre idée. Celle « présente dans autres civilisations, en particulier "occidentales" et parfois même dans plusieurs cas théorisées explicitement que la civilisation et la culture arabe (pour ne pas parler de la civilisation islamique), sont en quelque sorte considérées comme des cultures inférieures, différentes et donc à améliorer, plutôt qu'à les accepter telles qu'elles sont. Et donc, le racisme devient un paramètre, qui indique la crainte d'une discrimination

⁹⁷⁷ Préambule de la Déclaration du Caire, adoptée par la 9ème conférence Islamique des ministres des affaires étrangères, le 5 août 1990, le Caire, Egypte.

⁹⁷⁸ A.G. 3379 du 10 novembre 1975, *Elimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Assemblée Générale de l'ONU.

⁹⁷⁹ Dalia Vitkauskaite-Meurice, « The Arab charter on human rights : The naissance of new regional human rights system of a challenge to the universality », *op.cit.*, p. 173.

⁹⁸⁰ Giancarlo Guarino, « La charte arabe des droits de l'homme et le principe d'autodétermination des peuples : les racines d'un conflit », *op.cit.*, p. 365.

subie ou, tout au moins, redoutée »⁹⁸¹. Cette idée renforce l'affirmation selon laquelle la récupération aurait pour but de marquer des positions tant culturelles que politiques au niveau de la conception des droits de l'homme. Dès lors, il serait tout à fait cohérent de s'approprier le concept de racisme afin de mettre en exergue un phénomène spécifiquement ressenti dans le contexte des rédacteurs de la charte. C'est ainsi que certains droits apparaissent au niveau de ces textes sous un jour complètement nouveau.

Cette réflexion est confirmée par le contenu des alinéas b) et d) du deuxième article de la charte. Ces derniers insistent sur le droit de tous les peuples à vivre sous l'égide de la souveraineté nationale et de résister à l'occupation étrangère. Dans ce contexte, l'usage du concept de peuple renvoie plus à l'idée d'égalité qu'à une formule de pluralisation. Le droit des peuples arabes, et musulmans, comme les autres peuples à accéder à ces droits et la prérogative de résister à toute tentative de les ôter. Par ailleurs, le premier alinéa affirmant le droit de tous les peuples à disposer d'eux mêmes dans une perspective interne revêt tout son sens. Dès lors, il est vrai que « cette disposition toute entière porte en soi les stigmates d'un fait assumé: les peuples arabes doivent encore lutter pour réaliser pleinement leur propre autodétermination, qui n'est pas encore parfaitement ou totalement réalisée »⁹⁸².

Quoi qu'il en soit, l'affirmation de la dimension culturelle et politique au niveau des textes des droits de l'homme prouve la volonté de se positionner soi même en tant que producteurs de normes et à l'origine d'une morale internationale tout aussi valable que la morale dominante. Au delà de cette vocation externe qui ne peut se réduire au simple concept de relativisme mais qui représente plutôt un procédé de dialectique et de négociation des normes dans l'arène internationale, ces textes là une vocation interne. En effet, il visent, dans le cadre d'une action double, à prouver en interne la prééminence de la raison applicable et la validité du système juridique applicable et de la réalité sociale qu'il défend.

Ce souci d'affirmation et d'investir un domaine auparavant étranger par son propre langage, ses propres méthodes et sa propre raison représente l'idée clé derrière l'adoption de tels documents. L'énergie de la présence identitaire et culturelle qui s'en dégage est la preuve ultime d'une telle affirmation. Cette signification des droits une fois assurée, il ne semble plus d'un grand intérêt de leur apporter une garantie effective puisque ce ne fut pas le but dès le départ. Dès lors, la protection des droits au sein de ces textes se trouve limitée.

⁹⁸¹ Giancarlo Guarino, « La charte arabe des droits de l'homme et le principe d'autodétermination des peuples : les racines d'un conflit », op.cit., p. 366.

⁹⁸² *Ibid.* , p. 369.

PARAGRAPHE 2 : Une protection limitée des droits

En revenant au texte de la déclaration du Caire, aucune disposition ne mentionne la création d'un organe de contrôle de l'application des droits. Ceci s'explique par le fait que la déclaration relègue ce rôle aux Etats et leur laisse le soin de d'opérer cette fonction par le biais de leurs mécanismes internes. Ce n'est que plus tard que l'OCI a opté pour la création de la commission indépendante et permanente des droits de l'homme qui devrait veiller à la bonne application de tous les textes concernant les droits de l'homme et émis sous l'égide de l'OCI. Cet organe ne représente pas pour autant une garantie suffisante et n'arrive pas à faire oublier toutes les problématiques soulevées par le texte de la déclaration (A).

A cet égard, l'exemple de la charte arabe des droits de l'homme offre plus de nuances et est beaucoup développé. En effet, sous l'impulsion de plusieurs ONG participant au processus de révision de la charte, cette dernière s'est dotée dans sa version de 2004, entrée en vigueur en 2008, d'un organe de surveillance nommé *comité arabe des droits de l'homme*. Dès lors, la charte arabe a pu s'aligner sur l'exemple de plusieurs instruments internationaux et régionaux même s'il reste beaucoup de chemin à parcourir pour que cet organe soit réellement considéré comme une réelle valeur ajoutée dans le domaine de la protection des droits de l'homme (B).

A. La commission permanente et indépendante des droits de l'homme de l'OCI

La création de la commission permanente et indépendante des droits de l'homme (CPIDH) a été amorcée dans un contexte précis de l'histoire de l'OCI qui répond au besoin de mieux se positionner face aux problèmes juridiques, politiques et sociaux que pose un monde en constant changement (1). Par conséquent, la naissance d'un tel organe s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'intégration par récupération. Les limites substantielles au fonctionnement de cette commission prouvent ce fait (2). Pour autant, la reconnaissance même d'un tel organe prouve que ce type d'intégration, même s'il vise à s'approprier un concept pour le ramener vers son propre champ de validité juridique et discursive, ne peut empêcher le processus de renouvellement des structures du système juridique, aussi lent soit-il.

1. Contexte de la création de la CPIDH

Malgré le fait que la déclaration du Caire ne soit pas dotée d'un organe de contrôle, nous pouvons très bien lier la création de la CPIDH à ce texte. A cet effet, le contexte de la

création de la commission est révélateur. Ainsi, l'OCI avait explicitement déclaré son intention d'établir une telle commission suivant la naissance de la déclaration du Caire et de faire évoluer celle-ci en une charte contraignante sur les droits de l'homme⁹⁸³. L'idée de créer une telle commission a été plus tard concrétisée avec l'élaboration du programme d'action décennal qui a appelé à « considérer la possibilité d'établir un organe indépendant et permanent pour promouvoir les droits de l'homme dans les Etats parties, en accord avec les dispositions de la déclaration du Caire sur les droits de l'homme en islam et d'appeler à élaborer une charte de l'OIC pour les droits de l'homme »⁹⁸⁴. Cette initiative donna lieu en 2011 à la création de la première commission islamique pour les droits de l'homme qui se réfère nommément dans le préambule de son statut à la déclaration du Caire ainsi qu' autres « traités, conventions et instruments internationaux pertinents »⁹⁸⁵. Il paraît donc clair que même si la CPIDH n'a pas été créée aux termes de la déclaration du Caire, cette dernière constitue son cadre d'action et la mesure pour juger de son efficacité et de sa crédibilité.

Dès lors, on ne peut s'empêcher de remarquer que l'évolution vers l'adoption du statut de la commission a pris un temps considérable, pendant lequel la tâche de veiller à la bonne application de la déclaration était laissée aux Etats. Pour un texte n'ayant aucune valeur obligatoire, une telle manœuvre ne laissait pas transparaître beaucoup d'enthousiasme envers l'idée des droits de l'homme de la part des rédacteurs. Pourtant, cette période a vu naître un mouvement de réforme au sein de l'OCI qui n'a pas seulement abouti en un changement d'appellation, mais qui a eu d'autres implications bien plus importantes. L'OCI se voit tournée vers la consécration du dialogue interculturel et interreligieux⁹⁸⁶ et s'ouvre plus vers l'extérieur. Cette tentative visant à acquérir plus de crédibilité à l'échelle internationale et à jouer un rôle en tant qu'acteur religieux pouvant avoir une influence sur le droit international⁹⁸⁷ a conduit l'OCI à concrétiser la création de la CPIDH.

⁹⁸³ Turan Kayaoglu, « A right's agenda for the Muslim world? The organization of Islamic cooperation's evolving human rights framework », *Brookings Doha Centre Analysis Paper*, N. 6, janvier 2013, p. 12.

⁹⁸⁴ « Call upon the Islamic Conference of Foreign Ministers to consider the possibility of establishing an independent permanent body to promote human rights in the Member States, in accordance with the provisions of the Cairo Declaration on Human Rights in Islam and to also call for the elaboration of an OIC Charter for Human Rights ». Programme d'action décennal, 3ème Session extraordinaire du sommet de la conférence islamique, 7-8 décembre 2005.

URL : http://www.oic-iphrc.org/data/docs/legal_instruments/OIC%20Instruments/TYPOA-%20AEFV/TYPOA-EV.pdf

⁹⁸⁵ Résolution n° 2/38-LEG, portant création et statut de la commission permanente et indépendante des droits de l'homme de l'OCI, 38ème Session du conseil des ministres des affaires étrangères islamiques, 28-30 juin 2011.

⁹⁸⁶ Bulletin d'information N. 5 de l'OCI du 15 mars 2010. URL : <http://www.oic-oci.org/ociv2/newsletter/?lan=fr>

⁹⁸⁷ Voir Ioana Cismas, *Religious actors and international law*, New York, Oxford University Press, 2014.

Ainsi, le secrétaire général de l'OCI avait confirmé que la création de la CPIDH était « un instrument de transformation de l'OCI en un Organe qui fera efficacement face aux défis existants et émergents auxquels le monde musulman se trouve confronté »⁹⁸⁸. La création de la commission apparaît donc comme une action pragmatique en vue de répondre à une crise aux multiples facettes et dont la plus importante se trouve être celle de l'instabilité d'une raison juridique détrônée. Ce pragmatisme, nous pouvons le voir dans l'idée de la récupération qui atteint son apogée dès lors qu'il s'agit de la création de la commission. En effet, le secrétaire général de l'OCI confirme que « la création de la commission introduira un changement de paradigme au sein de l'OCI dans la voie universelle des droits humains et que les libertés vont de pair avec les valeurs islamiques pour donner un système cohérent et fort dans l'objectif de faciliter le respect total de tous les droits humains dans les Etats membres de l'OCI »⁹⁸⁹. Plus encore, il affirme que « la création d'une commission permanente indépendante de l'OCI sur les droits de l'homme balisera le chemin vers une coopération internationale plus approfondie, une promotion de la tolérance, un rejet de l'extrémisme et un dialogue avec les autres religions et cultures »⁹⁹⁰. Dès lors, cette transformation de l'OCI n'a pour but que de servir son propre positionnement sur la scène internationale ainsi que la promotion de sa lecture idéologisée des droits de l'homme. En effet, la création de la commission représente une tentative pour revêtir le texte de la déclaration du Caire d'une crédibilité qui lui manque en tant qu'instrument international mais surtout en tant que véhicule d'une vision spécifique et revisitée de la question des droits de l'homme. Cela semble évident dans les propos du secrétaire général de l'OCI qui parle du projet de cette dernière pour apporter « son expertise en ce qui concerne le droit international relatif aux droits de l'homme »⁹⁹¹. En effet, l'idée d'éviter le conflit en s'appropriant ses termes et en essayant de les modifier semble, bien que pernicieuse, très efficace. Mais c'est la vie du système juridique qui l'exige. Il est ainsi évident que nous sommes loin des modèles classiques de fermeture et d'ouverture du système, puisqu'il s'agit là d'une structure intelligente et capable de plusieurs formes d'adaptation qui réagit non seulement aux menaces extérieures mais aussi à la dynamique interne. Ainsi, il est dit que la montée de ce mouvement

⁹⁸⁸ Bulletin d'information n°5 de l'OCI, *op.cit.*

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ *Ibid.*

réformiste au sein de l'OCI est dû à la perte du contrôle par des Etats comme l'Iran et l'Arabie Saoudite au profit d'Etats moins conservateurs⁹⁹².

Quoi qu'il en soit, ce mouvement a mené à la modification de la charte de l'OCI qui a incorporé la CPIDH dans ses articles 5 et 15 nouveaux. Ce dernier dispose que « la Commission permanente indépendante des Droits humains favorise les droits civiques, politiques, sociaux et économiques consacrés par les conventions et déclarations de l'Organisation, ainsi que par les autres instruments universellement reconnus, en conformité avec les valeurs Islamiques ». Cet article de la charte démontre parfaitement ce vœu de rassembler deux axes d'action très différents. Tout en restant très ambiguë sur la manière de réaliser ce couplage entre l'universalité et les valeurs islamiques, la charte impute le rôle de trouver ce fragile équilibre à CPIDH. Cette ambiguïté et l'incertitude causée par une praxis chaotique de l'OCI ne représentent que le début des handicaps de cet organe.

2. La CPIDH : Un organe ambigu

Il faut revenir au statut de la commission pour réaliser à quel point cet organe souffre de ses contradictions et de ses ambitions conflictuelles pour ne pas dire qu'il est mort à la naissance.

En effet, on peut lire dans l'article 8 s'inscrivant dans le chapitre sur les objectifs de la commission que cette dernière « vise à promouvoir les droits de l'homme et à servir les intérêts de l'Oumma islamique dans ce domaine ; elle s'efforce d'encourager le respect des cultures et des valeurs islamiques de tolérance et le dialogue des civilisations, conformément aux objectifs et principes de la Charte de l'Organisation de la Conférence Islamique ». Seule cette référence au caractère islamique des droits et aux obligations de la commission de limiter ses mouvements dans les limites de l'espace fourni par ce discours, est présente dans le chapitre sur les objectifs. Les autres articles du chapitre ont un caractère généraliste et traitent de la promotion des droits économiques, culturels et politiques dans les Etats partis et sur le rôle de la commission pour les appuyer. Ceci sans mentionner à aucun moment le respect des obligations internationales des Etats en ce domaine ou se référer aux instruments internationaux et la promotion de leur contenu. Ainsi, il est possible de se douter du « changement de paradigme » apporté par cette commission si elle continue à véhiculer le même discours clos de la déclaration. Plus encore, nous pouvons lire l'article 8 dans un sens

⁹⁹² Turan Kayaoglu, « A right's agenda for the Muslim world? The organization of Islamic cooperation's evolving human rights framework », *op.cit.*, p. 13.

unilatéral où la tolérance, le respect des cultures et le dialogue des civilisations ont tous pour objet les valeurs islamiques. Il ne s'agit donc pas d'un réel dialogue mais plutôt d'un véhicule facilitant l'exportation ou, à défaut, l'acceptation du modèle en question. Il semble difficile dans cette perspective d'imaginer que la commission puisse réaliser l'espoir du rapprochement entre les conceptions islamiques des droits de l'homme et celles universelles.

Pourtant, et malgré l'absence de toute évolution du discours dans le cadre de ses objectifs, la commission a été considérée par certains comme une réelle opportunité pour enfin apporter une interprétation uniforme et valide de la charia⁹⁹³. Ceci ne serait pas seulement bénéfique du point de vue de l'interprétation de la déclaration mais aiderait d'une manière générale à couper avec l'idée d'un droit islamique donné et figé. Le pouvoir interprétatif de cet organe pourrait enfin amener l'aspect évolutif de la charia et sa construction historique à se concrétiser.

Cette idée a été basée sur les propos de l'article 17 du statut de la CPIDH qui dispose que « la Commission peut collaborer - avec les Etats membres et à la demande de ceux-ci - à la rédaction d'instruments de droits de l'homme ; elle peut également faire des recommandations pour l'amélioration des déclarations et conventions de l'Organisation concernant les droits de l'homme, et proposer la ratification d'instruments et conventions des droits de l'homme au sein de l'Organisation, en conformité avec les valeurs islamiques et en harmonie avec les normes internationales convenues ». Dans un sens, cet article marque un avancement dans le sens du dialogue par rapport aux objectifs de la commission, puisqu'il inclut les normes internationales en tant que facteur déterminant lors de la présentation des recommandations aux Etats. Mais il n'est pas mentionné comment la commission est supposée réaliser un équilibre entre les deux facteurs. On peut ainsi penser que le soin de décider des méthodes et des intérêts de l'interprétation est laissé à la commission. Pour autant, il ne faut pas s'attendre à un changement « révolutionnaire » de paradigme puisque l'esprit général du statut ne dévie pas des représentations traditionnelles de la déclaration et de la charte. Par ailleurs l'article 13 du statut qui dispose que « la Commission consolide la position de l'OCI en ce qui concerne les droits de l'homme au niveau international », encadre cette prérogative et la ramène au domaine de la consolidation ou plutôt de la justification des positions de l'OCI. Ainsi, on peut espérer que la commission puisse avoir l'opportunité de

⁹⁹³ Ioana Cismas, « Statute of the OIC Independent Permanent Human Rights Commission, Introductory Note », *ASIL*, Vol 5, N. 6, 2011, p. 1148-1149.

saisir cette compétence qui est largement similaire au pouvoir accordé aux organes de contrôle des traités⁹⁹⁴. Mais la lecture du statut nous éloigne encore une fois de cet espoir.

En effet, au niveau des compétences, la commission est loin d'être considérée comme un organe de contrôle. Au mieux, cette dernière est un organe consultatif auprès des Etats membres. Cette impression se confirme à la lecture de l'article 12⁹⁹⁵. C'est un organe qui encourage la « collaboration » entre les Etats membres dans le domaine des droits de l'homme, la « coopération » avec les organisations internationales et régionales et qui appuie la « promotion » des droits dans les Etats en question. Nous faisons donc face à un organe qui occupe un rôle de soutien aux Etats mais qui ne dispose aucunement de compétences de premières lignes.

La lecture du statut révèle, en effet, une absence totale des mécanismes qui sont l'essence même des organes de contrôle. Ces derniers en tant que mécanismes de garantie contre la violation des droits doivent en effet être dotés de compétences de contrôle sur les Etats. Ces compétences ne font pourtant pas partie de l'éventail des actions permises dans le cadre du travail de la CPIDH. Elle ne dispose d'aucun pouvoir pour exiger des rapports réguliers de la part des Etats ni de mener des enquêtes sur la situation des droits de l'homme dans ces derniers. Elle délivre les avis consultatifs après l'obtention de l'approbation explicite de l'Etat concerné ce qui veut dire tout Etat peut s'opposer à faire l'objet de consultations de la CPIDH, constituant ainsi une sérieuse limitation à la seule compétence substantielle accordée par le statut⁹⁹⁶. Aussi, il n'existe aucune mention de mécanismes de plaintes ou de communications individuelles ou étatiques qui permettent de rendre compte des violations des droits de l'homme. En tant qu'organe de garantie du respect des droits de l'homme, la CPIDH est née avec un sérieux handicap l'empêchant de mener à bien son rôle promis et la réduisant à un simple spectateur de l'évolution des politiques de l'OCI, là où elle pouvait amorcer une réelle dynamique du changement.

Concernant les rapports de la CPIDH avec son environnement externe et la dynamique que cela peut créer, l'article 21 du statut dispose que « après l'accord de l'Etat hôte et de tous les membres de la Commission, celle-ci peut adresser des invitations pour participer à ses réunions, aux organes subsidiaires, aux institutions spécialisées et affiliées de l'OCI, aux

⁹⁹⁴ Ioana Cismas, « Statute of the OIC Independent Permanent Human Rights Commission, Introductory Note », *op.cit.*, p. 1149.

⁹⁹⁵ « La Commission joue un rôle consultatif et fait des recommandations au Conseil ».

⁹⁹⁶ Ioana Cismas, « Statute of the OIC Independent Permanent Human Rights Commission, Introductory Note », *op.cit.*, p. 1149.

organisations gouvernementales, aux organisations non gouvernementales concernées agréées par l'Organisation, aux institutions nationales des droits de l'homme, en qualité d'invités ; les Etats membres et les observateurs auprès de l'Organisation ont le droit de participer aux réunions de la Commission, en qualité d'observateurs et sans droit de vote, conformément aux normes en vigueur à l'Organisation ».

Cet article rappelle la direction entamée par l'ancien secrétaire générale de l'OCI qui a cherché à développer des rapports avec les organes internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme et s'ouvrir sur tous les horizons possibles et surtout en s'alignant sur les modèles des mécanismes onusiens⁹⁹⁷. Pourtant, en pratique, la direction qui a été favorisée est celle de renforcer la coopération avec les organisations nationales de protection des droits de l'homme. Chose qui a été considérée comme une stratégie risquée⁹⁹⁸. En effet, cette méthode pourrait être bénéfique puisqu'elle permettrait à la commission d'accéder à l'information au niveau national et de communiquer directement avec tous les tenants et les acteurs. Mais elle risque d'un autre côté de renforcer le pouvoir Etatique et d'ôter toute sorte d'indépendance à la commission puisque ces organisations nationales sont souvent gouvernementales⁹⁹⁹. Ce détail constitue juste un autre moyen pour assurer la surexposition des Etats dans un organe qui est sensé contrôler leurs dérives.

En somme, la CPIDH délivre une promesse mais se trouve dans l'incapacité de la réaliser. Plutôt, il s'agit d'un organe qui ne peut même pas aspirer à réaliser ses ambitions au vu des nombreux handicaps qui bloquent son action. Ce n'est nullement un organe de contrôle ce qui ne fait que renforcer le pouvoir symbolique de la déclaration du Caire, à défaut d'avoir une valeur contraignante. Cette dernière délivre une vision très conflictuelle des rapports entre la vision universelle et la vision islamique des droits de l'homme. La commission est venue comme un espoir de concilier ces deux antipodes afin de trouver un terrain d'entente. Mais elle ne peut même pas voir le début d'une telle manœuvre puisque nous sommes en présence

⁹⁹⁷ « In order to have a better understanding of the global discourse on human rights, as well as to assist the OIC Groups on Human Rights in Geneva and New York, it is crucial that Commission Members must attend the Human Rights Council Sessions in Geneva and Third Committee deliberations in New York. Similarly, the Commission must establish strong working relationships with regional human rights mechanisms from Europe, Africa, Asia and Latin America. I strongly encourage the Commission to undertake the planned visit to [the] EU and if possible attend the ongoing session of the Third Committee in New York, this year. It would help developing better understanding of the political side of human rights as well as establish regular communication channels with important UN mechanisms and agencies». Discours d'inauguration du secrétaire général de l'OIC lors de la 3ème session ordinaire de la CPIDH.

⁹⁹⁸ Turan Kayaoglu, « The OIC's permanent independent human rights commission: an early assessment », *Matters of Concern working papers series*, The Danish institute for human rights, 2015, p. 19.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

d'une commission fantôme qui n'a finalement pour objectif que d'être l'écho des positions de l'OCI et des Etats membres. Une commission sans existence propre. Dans le cadre du faisceau de perspective par lequel nous choisissons de voir l'état des choses. Une telle situation n'est nullement surprenante mais relève plutôt de la nature même de la réaction étudiée. Mais cette situation n'est pas finale non plus et elle ne peut empêcher de tels organes de trouver les moyens de s'imposer dans le sens contraire du contexte qui leur a donné naissance. C'est une perspective tout à fait possible dans le cadre de la CPIDH et qui dépend largement des dynamiques politiques en place et de l'évolution du contexte général qui pourrait imposer une évolution concrète et non pas seulement des lettres d'intention et des textes vides d'efficacité. C'est bien le cas du comité arabe des droits de l'homme qui offre bien plus de nuance que la CPIDH.

B. Le comité arabe des droits de l'homme crée au sein de la charte arabe des droits de l'homme

A la différence de la CPIDH, le comité arabe des droits de l'homme est un organe conventionnel. Il a été créé en mars 2009 après l'entrée en vigueur de la charte arabe des droits de l'homme en mars 2008. Ainsi, le comité est venu enrichir le dispositif des organes arabes des droits de l'homme telle que la commission permanente arabe des droits de l'homme créée par le conseil de la ligue arabe, centre de la représentation politique de cette dernière¹⁰⁰⁰. A cet effet, le caractère conventionnel du comité le distingue aussi des organes déjà existants au niveau de la ligue et en fait une structure plus sérieuse. Justement, ce caractère constitue un pas vers une indépendance essentielle pour la détermination de la crédibilité d'un tel organe (1) et lui accorde certains rôles justifiant ainsi son existence (2). Ceci étant, cette perspective positive n'empêche pas de relever des défis majeurs à ces deux niveaux et qui peuvent représenter de sérieuses limitations concernant la protection des droits.

1. La structure du comité : la quête de l'indépendance

Il faut reconnaître que la création du comité en tant qu'organe de contrôle d'un traité portant sur les droits de l'homme dans le cadre régional arabe est en soi un acte très significatif de la volonté de s'aligner sur les autres modèles régionaux. Malgré cela, le texte de la charte gagnerait à être amélioré à plusieurs égards.

¹⁰⁰⁰ Créée le 3 septembre 1968 suite à la décision 2443 du conseil de la ligue arabe.

En effet, l'article 45 de la charte contient plusieurs dispositions qui déterminent la structure du comité de par sa composition et de par le statut accordé à ses membres. Ce dernier dispose que « le Comité est composé de sept membres élus au scrutin secret par les États parties à la présente Charte ». A cet effet, la charte omet d'imposer une représentation paritaire, ou au moins équilibrée, entre les hommes et les femmes au sein du comité. Ainsi, le comité ne compte à ce jour que des membres masculins et ce malgré la candidature féminine en 2009 au titre de la représentation du Yémen¹⁰⁰¹. Ce déséquilibre représente un point négatif dans l'évaluation de la crédibilité du comité. Cette représentation uniquement masculine empêche en effet de faire parvenir les voix de la moitié de la société et qui continue de souffrir d'un nombre important de la violation de ses droits. Le silence de la charte à ce sujet a laissé dire qu'il « appartiendra donc aux membres du comité, issus d'une élection discriminante, de lutter contre de telles pratiques¹⁰⁰². Plus encore, la pratique des Etats membres lors de l'élection des membres du comité a été comparée à des nominations déguisées qui vident la disposition de la charte sur le scrutin secret de son sens¹⁰⁰³. En effet, cette pratique, c'est celle des candidatures uniques aux postes de membres qui politisent le processus d'élection et en font un système opaque où se rencontrent les intérêts privés plutôt que l'objectif de réaliser l'indépendance du comité par l'élection des candidats les plus méritants. Plus généralement, les lacunes au sein de la charte ont mené à des pratiques malsaines tel que le détournement des élections¹⁰⁰⁴.

Par ailleurs, l'article 45 al. b) dispose que « le Comité est formé de ressortissants d'États parties à la présente Charte qui doivent être des personnalités ayant une grande expérience et compétence dans le domaine d'activité du Comité ». Sur ce point, certains auteurs soulignent l'omission de mentionner dans la charte les « conditions morales et d'intégrité de ses membres, de même qu'elle ne prévoit pas des conditions relatives à des compétences juridiques »¹⁰⁰⁵. Ces conditions sont, en effet, importantes. D'un côté les prérequis moraux sont à même de garantir une indépendance auto-imposée par les membres d'un comité. D'un autre, les compétences juridiques sont nécessaires pour que le membre puisse réaliser les missions qui lui sont confiés dans ce domaine. Cela explique que les textes

¹⁰⁰¹ Tarek Majzoub, Fabienne Quillere-Majzoub, « Du comité arabe des droits de l'homme : un organe sous influence ? », *RGDIP*, Tome 116, N. 1, 2012, p. 38.

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ Fabienne Quillere-Majzoub, Tarek Majzoub, « Le comité arabe des droits de l'homme : un organe nécessaire au sein de la ligue des Etats arabes », *RTDH*, Vol. 92, 2012, p. 781.

¹⁰⁰⁴ Tarek Majzoub, Fabienne Quillere-Majzoub, « Du comité arabe des droits de l'homme : un organe sous influence ? », *op.cit.*, p. 43.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 780.

internationaux et régionaux fassent souvent référence aux experts en droit international et en matière de droits de l'homme¹⁰⁰⁶. On peut penser que la charte rattrape cette faille en mentionnant que « les membres du Comité exercent leurs fonctions à titre personnel et en toute indépendance et impartialité »¹⁰⁰⁷. Cette disposition aussi importante soit-elle, ne permet pas de combler les lacunes créées par cette omission de la charte. Ainsi, l'absence de contrôle des qualités morales des membres du comité a mené à plusieurs dérives qui mettent concrètement en péril l'indépendance de ce dernier. En effet, « depuis sa création, on relève que la grande majorité des membres du comité occupent des fonctions au sein même des institutions nationales dans leurs Etats d'origine »¹⁰⁰⁸ ce qui représente un conflit d'intérêt explicite. Dans ce sens, l'exclusivité du poste de membre au comité évite que ce dernier soit soumis à des pressions extérieures et se consacre entièrement à son rôle sans être dans l'obligation d'agir en tant que représentant que de l'Etat qui l'a présenté aux élections. Ce principe se retrouve donc sérieusement en risque face aux pratiques au sein de la ligue.

Fort heureusement, cette influence rampante des Etats s'arrête au niveau de la représentation des membres qui ne peuvent être démis de leurs fonctions qu'avec l'avis unanime de tous les autres membres¹⁰⁰⁹. Hors du cadre de l'article 46 al. a), un mandat ne peut prendre fin qu'avec le décès ou la démission de l'un des membres (article 46 al. b). Ce caractère irrévocable des fonctions des membres pendant leurs mandat constitue donc une fortification de leur statut face aux possibles pressions des Etats. Par ailleurs, la charte offre plus de garanties aux membres. A part le mention du fait qu'il siègent à titre personnel et qu'ils sont exempts de représenter les intérêts de l'Etat soutenant leur candidature, la charte exige que les membres du comité bénéficient d'une protection supplémentaire. Ainsi, l'article 47 de la charte dispose que les Etat doivent offrir aux membres toutes « les immunités nécessaires pour les protéger contre toute forme d'entrave, de pression morale ou matérielle ou de poursuites judiciaires du fait des positions qu'ils prennent ou des déclarations qu'ils font dans l'exercice de leurs fonctions en tant que membres du Comité ». Par ailleurs, les membres du comité disposent des immunités additionnelles offertes par la convention sur les privilèges

¹⁰⁰⁶ Tarek Majzoub, Fabienne Quillere-Majzoub, « Du comité arabe des droits de l'homme : un organe sous influence ? », *op.cit.*

¹⁰⁰⁷ Article 45 al. b) de la charte arabe des droits de l'homme.

¹⁰⁰⁸ Fabienne Quillere-Majzoub, Tarek Majzoub, « Le comité arabe des droits de l'homme : un organe nécessaire au sein de la ligue des Etats arabes », *op.cit.*, p. 781.

¹⁰⁰⁹ Article 46 al. a de la charte arabe des droits de l'homme.

et immunités de la ligue des Etats arabes dans son article 25¹⁰¹⁰. Il faut noter que ce statut est spécifique aux membres du comité qui bénéficient donc d'une protection égale à l'importance du rôle joué.

Ainsi, il apparaît que la charte renforce la structure du comité en vue de réaliser son indépendance et donc sa crédibilité. Ce désir est pourtant confronté aux lacunes inhérentes à la rédaction de la charte et qui manque de précision en ce qui concerne la composition du comité et le mode d'élection de ses membres. En pratique, le souci des Etats d'imposer leur influence est toujours présent même s'il est tempéré par les garanties personnelles offertes aux membres. Quoi qu'il en soit, cette incertitude au niveau de la structure retrouve ses échos au niveau des fonctions du comité.

2. Les fonctions du comité : la quête de l'efficacité

C'est au niveau de ses fonctions que le comité se distingue vraiment. Il constitue ainsi un grand pas vers un contrôle efficace de la protection des droits au niveau de la charte. En effet, cette dernière introduit le mécanisme des rapports étatiques dans son article 48. L'alinéa a) dispose que « les États parties s'engagent à présenter au Secrétaire général de la Ligue des États arabes des rapports sur les mesures qu'ils auront prises pour donner effet aux droits et aux libertés reconnus dans la présente Charte et sur les progrès réalisés dans l'exercice de ces droits. Le Secrétaire général transmet ces rapports au Comité pour qu'il les examine ».

Il est clair que le mécanisme des rapports ne constitue pas en soit un procédé contraignant. Ceci étant, le mécanisme des rapports permet d'opérer une transformation au niveau des pratiques par la prise en conscience des réalités concrètes et par la visibilité apportée aux problématiques relevant des droits de l'homme. Ainsi, ce procédé peut mener à des réformes réelles au niveau interne.

Il faut relever que sur ce point, les procédures suivies sont extrêmement similaires aux dispositifs onusiens¹⁰¹¹. Ainsi, après avoir présenté un rapport initial au comité dans le délai d'un an à partir de l'entrée en vigueur de la charte pour chacun d'eux, les Etats s'engagent à présenter des rapports périodiques tous les trois ans. Le comité étudie le dit rapport en séance publique et avec la participation de l'Etat ayant présenté le rapport. C'est ainsi que le comité

¹⁰¹⁰ Convention sur les privilèges et immunités de la ligue des Etats arabes, Résolution 564/18 du conseil de la ligue des Etats arabes, 10 mai 1953.

¹⁰¹¹ Fabienne Quillere-Majzoub, Tarek Majzoub, « Le comité arabe des droits de l'homme : un organe nécessaire au sein de la ligue des Etats arabes », *op.cit.*, p. 790.

est investi de la fonction de formuler des recommandations et des observations publiquement diffusées.

Un grand point positif à relever concernant les débats des rapports, est celui incorporé dans l'article 7 al. 3) du statut du comité qui dispose que ce dernier a la compétence d'inviter toute personne ou toute organisation afin de discuter des rapports des Etats selon les règlements du comité¹⁰¹². Cette liberté marque une grande évolution par rapport au statut de la CPIDH qui ne permet d'inviter des organisations qu'avec l'accord du pays hôte. Clairement, cette initiative permet de se distancer des positions des Etats qui peuvent refuser la présence des organisations qui stigmatisent leurs politiques et les exposent.

Une autre évolution au niveau du statut du comité réside dans l'article 2 al. 2) de ce dernier puisqu'il est explicitement annoncé que le comité se charge de l'interprétation des dispositions de la charte de manière à assurer son application exemplaire. Cela peut sembler comme un détail minime, mais représente en réalité une opportunité immense pour le comité afin d'expliquer certaines incohérences au niveau de la charte, surtout celles qui se rapportent à l'application des droits de l'homme en conformité avec la charia. Dans ce cadre, le comité pourra s'expliquer sur la valeur réelle accordée à la déclaration du Caire dans l'application de la charte et peut être même apporter une définition consistante juridiquement du concept de charia. Son ouverture vers l'universalité pourra enfin trouver un terrain d'entente entre ces deux perspectives longtemps conflictuelles.

Malgré ceci, il existe une zone d'ombre dans la charte ainsi que dans les textes du comité puisqu'aucun de ces derniers ne mentionne les mécanismes de mise en œuvre des recommandations et du suivi des observations. A cet effet, il serait vain de développer tout ces procédés de contrôle si les conclusions qui s'ensuivent sont vouées à rester lettre morte. Alors que les dispositifs internationaux répondent à cette nécessité par le contrôle systématique et par la mise en relief de la non observation des Etats des transformations requises dans les rapports, le comité reste silencieux sur les moyens de poursuivre son œuvre de contrôle par le biais des rapports. Aussi, il faut relever que la charte n'a mis en place aucun système de plainte ou de communication, ce qui s'expliquerait par le fait que ces derniers ne fassent pas partie des traditions des Etats membres¹⁰¹³. Arriver à un tel point nécessiterait d'abord que le mécanisme des rapports se montre efficace et crédible et puisse

¹⁰¹² Statut du comité arabe des droits de l'homme, résolution 179/28, 28ème Session, 22-24 novembre 2014.

¹⁰¹³ Fabienne Quillere-Majzoub, Tarek Majzoub, « Le comité arabe des droits de l'homme : un organe nécessaire au sein de la ligue des Etats arabes », *op.cit.*, p. 794.

conforter les Etats dans respect des droits de l'homme et amorcer une réelle réforme de gouvernance.

En tout état de cause, en faisant le choix de développer leur système de protection régional des droits de l'homme, la ligue des Etats arabes a démontré sa volonté de s'approprier elle aussi le paradigme des droits de l'homme et de le soumettre à sa propre vision tout en s'ouvrant au contexte général. Toutefois, en ne saisissant que le mécanisme des rapports et en ignorant complètement les méthodes de plaintes et de communications, la ligue n'a fait que mettre en doute cette volonté. Combinée avec la pratique actuelle des Etats qui ne renforce aucunement le mandat du comité, il semblerait que la récupération soit pour le moment limitée au niveau de la forme. Mais, au vu des efforts du comité qui revendique son indépendance dans chacun de ses rapports comme étant le gage de sa crédibilité, il se pourrait très bien que l'étendu de la récupération dépasse les limites imposées par les Etats membres afin qu'on puisse voir des réformes de fond, tant au sein de la ligue qu'au sein des Etats eux mêmes.

Pour conclure, il est intéressant d'observer ces phénomènes comme une amorce du changement juridique. On soutient que l'innovation intégrative est en soi une forme de résistance, mais c'est une résistance intelligente qui accepte de s'adapter ou de récupérer au sein des structures du systèmes de nouveaux facteurs. Ainsi, l'interaction, même si elle conserve son caractère conflictuelle, est plus que jamais concrète.

Les exemples étudiés montrent qu'il s'agit de préserver au sein des systèmes juridiques touchés un équilibre du discours et des structures et de préserver une sorte de cohérence interne par rapport au positionnement, interne et externe, de ces derniers. Le système juridique, même s'il se bat donc contre le changement, est en constante évolution. C'est bien l'ironie de toute structure vivante. L'évolution propre des structures du système et l'évolution due aux interactions conflictuelles mène inexorablement au changement tant juridique que social. Et c'est à ce moment qu'il convient de mesurer le seuil à partir duquel un changement radical pourra advenir.

CHAPITRE II : LA RESOLUTION DES CONFLITS PAR L'INNOVATION RADICALE

« L'innovation radicale n'est pas révolution juridique »¹⁰¹⁴. C'est avec ces propos que AJ Arnaud a éliminé toute confusion concernant la nature de l'innovation radicale. Il est vrai que le terme prête à une telle interprétation mais il ne faudrait pas ignorer la nature de la raison juridique où tout mouvement vise à préserver la continuité et l'homogénéité des structures en place. Tout est une question d'équilibre dira-t-on, et il n'y a rien de plus menaçant pour l'équilibre que d'introduire des nouveaux paramètres totalement étrangers.

A cet effet, AJ Arnaud précise que toute norme ou institution nouvelle devrait receler un semblant d'équivalence avec le contexte en général ou avec les normes qu'elle vient remplacer¹⁰¹⁵. Le passage d'un moment A à un moment B devrait se faire dans le respect de la logique interne du système puisque cette innovation a été opérée dans le but de préserver cette logique. C'est cette idée là qu'il faut garder à l'esprit en approchant les réactions des systèmes juridiques en état d'interaction et en recherche d'équilibre en situation de crise. En effet, « tant que cette équivalence n'est pas obtenue, une création n'aboutirait qu'à faire entrer dans un système juridique un élément d'œil étranger, qui menacerait sa cohésion »¹⁰¹⁶. Or, le but même d'une telle entreprise est de garder la cohésion du système intacte.

L'innovation radicale nous met donc face au changement, inévitable et inéluctable, causé par une situation d'interaction. Et accepter ce changement devient pour le système juridique une condition de survie afin de suivre le changement déjà opéré dans son environnement et de continuer à exercer sa fonction de contrôle. Il ne s'agit donc nullement d'un bouleversement mais d'une transition fluide et homogène vers la prise en charge d'une nouvelle réalité juridique et sociale et de son introduction dans l'espace du droit imposé.

Deux exemples de ce type de réaction seront étudiés dans le cadre de ce chapitre. Ils s'inscrivent dans la perspective d'un changement qui permet de préserver l'intégrité du système en général. Il s'agit premièrement de l'émergence des acteurs islamiques sur la scène internationale, incarnés dans l'exemple de l'OCI (Section I). Ceci a rendu possible l'ascension

¹⁰¹⁴ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique-T1*, op.cit., p. 313.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

de concepts telle que la notion de finances islamiques qui a permis, au moins a certains égards, de donner à l'interaction avec l'ordre global un aspect positif (Section II). Cette liaison démontre que le changement opéré dans une perspective de stabilisation n'est pas un gage d'immobilité. Au lieu de ça, un changement de paradigme peut être introduit malgré la volonté du système d'en réduire les possibilités. Une fois le seuil du changement atteint, rien ne peut plus l'arrêter.

SECTION I : ACTEURS INTERNATIONAUX RELIGIEUX ET DROIT

INTERNATIONAL : L'ASCENSION DE L'OCI

Il peut paraître contradictoire d'évoquer l'OCI pour présenter l'exemple de deux réactions différentes à l'interaction avec le droit international. Cependant, il n'en est rien. Lors du chapitre précédent, ce n'est pas l'exemple de l'OCI en tant que telle qui a été évoqué mais plutôt celui des conventions islamiques des droits de l'homme dont l'une a été le produit de cette organisation. Le fait que nous classons la création même de l'OCI dans le cadre de l'innovation radicale alors que nous renvoyons l'un de ses produits juridiques à l'innovation intégrative ne représente en effet aucun problème théorique mais prouve plutôt un point qui a été soulevé tout au long de cette recherche. Ce point est bien l'absence de linéarité dans l'évolution du système juridique. Ainsi, le fait que les Etats islamiques aient choisi de s'organiser en tant qu'acteur international, ce qui est en soit une nouveauté et un gage d'acceptation des règles de l'ordre international, ne laisse à aucun moment supposer qu'il existe un avancement vers un but autre que celui de la préservation de la cohérence générale. Dès lors, l'intégration d'un élément nouveau ne doit pas présager de l'acceptation du tout. Bien au contraire, nous avons précisé que même l'innovation radicale ne donnait pas lieu à une transformation défigurant le système et empêchant son auto-reconnaissance et son autoreproduction. Ce dernier garde son identité ce qui implique que tous les types de réactions pouvant résulter de la volonté de préserver cette dernière peuvent toujours avoir lieu.

Ceci étant éclairci, il semble important d'expliquer les raisons pour lesquelles nous présentons la création de l'OCI comme une innovation radicale.

D'abord, il faut revenir à la signification même du fait de s'organiser dans le cadre d'une institution internationale. La prolifération de ces dernières et leur émergence en tant que phénomène suite à la multiplication des accords interétatiques constitue « une expression formelle de l'étendue de l'institutionnalisation de la politique internationale »¹⁰¹⁷. Il s'agit donc d'une nécessité imposée par la réalité de l'évolution des pratiques internationales. En gros, nous pouvons opter pour une simple définition des organisations internationales, mais qui est très efficace et qui se résumerait à traiter comme un « ensemble de règles visant à

¹⁰¹⁷ Beth A. Simmons et Lisa L. Martin, « International organisations and institutions », in Walter Carlsnaes, Thomas Risse et Beth A. Simmons (dir.), *Handbook of international relations*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2001, p. 192.

gouverner le comportement international¹⁰¹⁸. Ou plus explicitement comme un « ensemble de règles qui présentent les manières selon lesquelles les Etats devront coopérer ou entrer en compétition »¹⁰¹⁹.

Cette définition explique le fait qu'aujourd'hui, les organisations internationales sont capables d'influer sur l'évolution des pratiques mais surtout sur des normes. Leur présence est décisive pour la réalisation des intérêts ainsi que pour plaider certaines causes au sein de la plateforme internationale¹⁰²⁰. Ces « forums » sont donc le véhicule parfait pour se positionner sur la scène internationale et devenir soi même un facteur influent quant à la détermination des normes du droit international, fastidieux concurrents des raisons internes. Dès lors, l'interaction devient moins imposée et plus fructueuse, même si toujours conflictuelle. Surtout, les organisations à caractère régional ou idéologique sont à même de représenter l'intérêt public d'une certaine communauté d'Etats au sein de la « communauté universelle »¹⁰²¹.

Ces considérations sur le rôle des organisations internationales sont substantielles dans le sens où elles nous permettent de localiser l'aspect innovateur qui consiste à se greffer sur le paradigme de la globalisation afin de donner naissance à l'idée d'un islam transnational et institutionnel qui agit à un niveau différent de celui des territoires confinés des Etats et d'étendre cette identité et cette raison juridique à un espace beaucoup plus ouvert et donc plus apte à préserver son existence et même à la diversifier¹⁰²². Autant de concepts nouveaux qui ne représentent pas des facettes de la raison juridique ni s'expriment déjà en des termes qui puissent être récupérés ou déformés en des catégories déjà existantes. L'OCI, en ce qu'elle est

¹⁰¹⁸ Beth A. Simmons et Lisa L. Martin, « International organisations and institutions », *op.cit.*, p. 194.

¹⁰¹⁹ « sets of rules that stipulates the ways in which states should cooperate and compete with each other ». *Ibid.*

¹⁰²⁰ « The major role of international organization [IOs] in the transformation of the familiar self-centred international law landscape. IOs, which were almost nonexistent in the early twentieth century, now outnumber states in a three to one ratio. Whether as law makers, law shapers or dispute settlers, IOs have significantly changed the way in which international law are made, implemented and enforced, as well as becoming forums in which state sovereignty is being regularly defined, exercised and contested ». Mario Prost, *The concept of unity in public international law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 6.

¹⁰²¹ « it would seem that the only entities capable of truly engaging in public tasks are those with a universal mission. Regional organisations or organisations comprising ideological communities by definition need to set themselves apart from universal ones. Their tasks inevitably demand patterns of inclusion and exclusion and, while their tasks can be called 'public' for those who are included, the public element is limited and will invariably involve a ranking of interests: their own member states and their citizens come first ». Jan Klabbbers, « Unity, diversity, accountability: The ambivalent concept of international organization », *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14, 2013, p. 20.

¹⁰²² « Should we understand the growth of transnational Islam as the result of similar processes—that is, globalisation, nationalisation, secular involvement and voluntary disestablishment—to those that led the Catholic Church to a significant change of orientation from nation-state to civil society, both within and between countries? ». Jeff Haynes, « Transnational religious actors and international politics », *Third World Quarterly*, Vol. 22, N. 2, 2001, p. 152.

une organisation internationale pour la promotion de la solidarité et la coopération islamique dans les domaines culturel, économique et politique de cette communauté nouvellement identifiée est un pur produit de la globalisation et de l'interaction avec le droit international, mais qui se traduit en des termes pouvant s'inscrire dans le cadre de la cohérence interne de la raison islamique. Les intérêts sont nouveaux, la forme est nouvelle et la reconnaissance de la structure étatique est finalement formelle. Pourtant, cette dernière aussi se traduit dans des termes spécifiques puisque la charte parle de la Oumma des nations. Nous pouvons comprendre cette dernière comme signifiant la somme des nations islamiques et dire que la nouveauté du sens est déguisée par la continuité de l'appellation. C'est bien là la transivité et l'équivalence que A.J Arnaud présentait comme les conditions nécessaires à la réalisation de cette figure. Dès lors, nous nous situons parfaitement sur le terrain de l'innovation radicale.

Ainsi, l'OCI est un acteur international à caractère religieux et qui a, en tant qu'organisation, une capacité normative, tant au niveau interne de ses propres structures, qu'aux niveau international de ses interactions avec l'ordre établi. Cette capacité lui permet de positionner les thèmes de l'islam et de sa raison en droit international et de créer/ participer au débat au lieu d'avoir à le rattraper et à le formuler selon ses propres termes comme c'est le cas pour la récupération. Avec la création de sa Cour islamique internationale de justice, dont la loi fondamentale est la charia islamique sur laquelle se fondent les obligations internationales et qui devrait être à la base à toute résolution de différend devant la Cour, l'OCI envoie un signal fort de différenciation par rapport au droit international moderne¹⁰²³. Au moins, symboliquement, il est clairement précisé qu'il existe une nouvelle sphère normative au niveau international, distincte du droit international classique et applicable seulement aux relations entre les Etats musulmans. Cependant, la Cour fait l'objet d'une rare attention doctrinale et académique¹⁰²⁴ s'expliquant par un statut qui tarde à entrer en vigueur et une activité se réduisant à néant. Nous choisissons ainsi de ne pas s'attarder sur l'exemple de la Cour qui ne constitue pas pour le moment une dimension concrète de l'apport de l'OCI en tant qu'innovation radicale, mais plutôt, un marquage symbolique.

En effet, L'OCI permet en tant qu'innovation, à la raison de s'imposer non pas en tant produit culturel et identitaire assujetti aux termes de l'interaction mais plutôt en tant que paramètre déterminant des règles de cette interaction. Ces deux figures sont observables dans

¹⁰²³ Statut de la cour islamique internationale de justice, Résolution 2-86/D, 29 janvier 1987.

¹⁰²⁴ Voir Michele Lombardini, « The International Islamic Court of Justice: Towards an International Islamic Legal System? », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, N. 3, 2001, pp. 665-680.

deux axes d'intérêt de l'OCI et qui démontrent l'importance d'émerger en tant qu'acteur international. Il s'agit d'abord de la question des diffamations des religions avancée en tant que sujet de débat et de réglementation internationale par l'OCI elle-même (Paragraphe 1). Ensuite, il y a le cas du discours sur le terrorisme à l'occasion duquel l'organisation se présente comme un partenaire dans la détermination des règles en place, ce qui diffère complètement du thème des droits de l'homme où la situation est celle d'une réception (Paragraphe 2). Etudier ces aspects sert à démontrer l'étendue de l'innovation et à quel point elle permet de réaliser ses objectifs.

PARAGRAPHE 1 : l'OCI et la diffamation des religions

La diffamation des religions est un concept relativement nouveau. Son développement ainsi que son apparition dans les textes onusiens est essentiellement le produit des efforts de l'OCI. Cette dernière réussit à imposer une lecture spécifique selon laquelle une dynamique « négative » de certains droits aboutirait à la violation d'autres. Ce concept, pour le moins dire controversé, prouve que le positionnement de l'OCI en tant qu'acteur international est une innovation en ce sens où cela permet de passer de la posture défensive habituelle à une méthode plutôt offensive. Cette dernière consistant à voir consacrer son propre discours au niveau des textes internationaux (A), et ce malgré un contenu fortement critiquable du point de vue du droit international moderne (B).

A. Le rôle de l'OCI dans le développement du concept de diffamation des religions au niveau des textes internationaux

Il transparaît à l'observation de la genèse du concept de diffamation des religions que l'OCI a activement participé à son développement (1) ainsi qu'à la détermination de son étendue dans les textes (2).

1. Le développement du concept de diffamation des religions

La création du concept de diffamation des religions revient clairement à l'OCI qui visait, plutôt que de protéger toutes les religions comme l'indique le nom de la théorie, à renforcer le discours islamique et à entériner la pratique des Etats islamiques à interdire le blasphème et, généralement, à limiter la liberté de conscience. Ceci tout en protégeant les minorités islamiques contre l'islamophobie, autre cheval de bataille de l'organisation.

Depuis 1999, l'OCI a réussi à faire passer des résolutions sur le sujet de la diffamation des religions au sein de la commission puis du conseil des droits de l'homme¹⁰²⁵, mais aussi au sein de l'Assemblée Générale de l'ONU¹⁰²⁶. Cette épopée est déclenchée à la suite d'une proposition de résolution soumise par le Pakistan, agissant en tant que représentant de l'OCI, à la commission des droits de l'homme. Cette proposition ne fut acceptée que lorsque le contenu initial, visant à prohiber « la diffamation de l'islam » fut étendu à toutes les autres religions. Cependant, le texte de la résolution reste profondément attaché à sa vocation première. Ainsi, la commission se déclare « profondément préoccupée par le fait que les religions soient stéréotypées de façon négative; [...] par le fait que l'islam est souvent et faussement associé aux violations des droits de l'homme et au terrorisme; [...] par toute forme d'utilisation des médias imprimés, audiovisuels ou électroniques ou de tout autre moyen aux fins d'inciter à des actes de violence, à la xénophobie ou à l'intolérance qui y est associée et à la discrimination à l'égard de l'islam ou de toute autre religion » et rappelle les Etats « à prendre, dans leur cadre juridique national, en conformité avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, toutes les mesures appropriées pour combattre la haine, la discrimination, l'intolérance et les actes de violence, d'intimidation ou de coercition motivés par l'intolérance religieuse, y compris les attaques contre des sites religieux, et pour encourager la compréhension, la tolérance et le respect en tout ce qui a trait à la liberté de religion ou de conviction; [...] Demande au Rapporteur spécial sur l'intolérance religieuse et au Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée de tenir compte des dispositions de la présente résolution lorsqu'ils lui feront rapport à sa cinquante-sixième session ».

¹⁰²⁵ Voir E/CN.4/RES/1999/82 du 30 avril 1999, *Diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme ; E/CN.4/RES/2000/84 du 26 avril 2000, *Diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme ; E/CN.4/RES/2001/4 du 18 avril 2001, *La lutte contre la diffamation des religions en tant que moyen pour promouvoir les droits de l'homme, l'harmonie sociale et la diversité religieuse et culturelle*, Commission des droits de l'homme ; E/CN.4/RES/2002/9 du 15 avril 2002, *la lutte contre la diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme ; E/CN.4/RES/2003/4 du 14 avril 2003, *La lutte contre la diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme ; E/CN.4/RES/2004/6 du 13 avril 2004, *La lutte contre la diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme ; E/CN.4/RES/2005/3 du 12 avril 2005, *La lutte contre la diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme ; E/CN.4/RES/2005/32 du 19 Avril 2005, *Démocratie et Etat de droit*, Commission des droits de l'homme ; A/HRC/10/22 du 26 mars 2006, *La lutte contre la diffamation des religions*, Conseil des droits de l'homme ; A/HRC/4/9 du 30 mars 2007, *La lutte contre la diffamation des religions*, Conseil des droits de l'homme ; A/HRC/7/19 du 27 mars 2008, *La lutte contre la diffamation des religions*, Conseil des droits de l'homme ; AHRC/13/16 du 25 mars 2010, *La lutte contre la diffamation des religions*, Conseil des droits de l'homme.

¹⁰²⁶ Voir A/RES/60/150 du 16 décembre 2005 ; A/RES/61/164 du 19 décembre 2006 ; A/RES/62/154 du 18 décembre 2007 ; A/RES/63/171 du 18 décembre 2008 ; A/RES/64/156 du 18 décembre 2009 ; A/RES/65/224 du 21 décembre 2010.

Il apparaît à la lecture des termes de cette résolution que l'islam est au centre de cette théorie de diffamation des religions et qu'il ne s'agit clairement pas d'une approche globale visant à éviter la stigmatisation et la violence des religions, mais plutôt une tentative de souligner les attaques dont l'islam en fait constamment l'objet. Cette résolution a été adoptée sans vote aucun et a été suivie d'une autre résolution en 2000 adoptée similairement. La résolution 2001/4, adoptée avant les attaques de septembre 2011, mentionne elle aussi spécifiquement l'islam en se déclarant « profondément préoccupée aussi par le fait que l'islam est souvent et faussement associé aux violations des droits de l'homme et au terrorisme ».

Le discours de ces résolutions est devenu plus explicite après l'avènement des attaques du 11 septembre aux Etats Unis ainsi que l'affaire des caricatures danoises. En effet, elles deviennent beaucoup plus ancrées dans le contexte spécifiques des attaques aux communautés musulmanes à l'occident et à l'image que cette religion renvoie en général.

La résolution 2002/9 adoptée par 30 voix contre 15 est à cet effet très révélatrice de la réelle intention derrière le concept de diffamation des religions puisqu'elle est entièrement tournée vers le souci de protéger la religion musulmane tout en inscrivant ce souci dans un contexte plus large, celui de la tolérance et de la lutte contre la violence et la xénophobie. Ainsi, la commission déclare qu'elle est « alarmée par les conséquences des événements du 11 septembre 2001 pour les minorités et les communautés musulmanes dans certains pays non musulmans et par l'image négative que les organes d'information donnent de l'islam, des valeurs et des traditions musulmanes, ainsi que par l'introduction et la mise en application de lois qui établissent expressément une discrimination à l'encontre des musulmans et les prennent pour cibles » et annonce qu'elle « se déclare profondément préoccupée par les images stéréotypées négatives des religions ; profondément préoccupée aussi par le fait que l'islam est souvent et faussement associé aux violations des droits de l'homme et au terrorisme ; Note avec inquiétude que la campagne de diffamation des religions s'intensifie depuis les événements tragiques du 11 septembre 2001, de même que la désignation des minorités musulmanes selon des caractéristiques ethniques et religieuses; Se déclare préoccupée par toute forme d'utilisation de la presse écrite, des médias audiovisuels ou électroniques ou de tout autre moyen dans le but d'inciter à des actes de violence, à la xénophobie ou à l'intolérance qui y est associée et à la discrimination à l'égard de l'islam et de toute autre religion; [...]Déplore vivement les violences et voies de fait dont des commerces et entreprises, des centres culturels et des lieux de culte de toutes religions, en

particulier musulmans, sont la cible dans de nombreuses régions du monde ». Ainsi, même si le terme religion est mentionné à plusieurs reprises d'une manière générale visant à donner l'impression que le texte de la résolution ne fait aucune distinction, il n'y a que la religion musulmane qui est citée d'une manière spécifique. Les résolutions suivantes de la commission ont toutes suivi ce modèle. Il y a bien là une réussite de l'OCI qui a réussi à formaliser et à conceptualiser l'un de ses intérêts majeurs. Aussi, l'organisation a réussi à introduire ce concept dans le cadre des institutions internationales en le greffant sur le récit dominant chez ces dernières. Ainsi, l'impression est donnée que le concept de diffamation des religions n'est pas tant un cheval de Troie introduit par les Etats islamiques mais plutôt le produit même de la logique des droits de l'homme.

Cette instrumentalisation a aussi donné ses fruits suite à l'affaire des caricatures danoises. Ainsi, l'OCI a pris l'initiative d'ajouter à l'ordre du jour du 174^{ème} session du conseil exécutif de l'UNESCO un débat sur le « respect de la liberté d'expression et respect des croyances et valeurs sacrées ainsi que des symboles religieux et culturels »¹⁰²⁷. Cet ordre du jour a eu pour effet des débats sur la signification du droit à la liberté d'expression et à la pratique de ce droit dans le contexte international actuel. Ces débats ont très naturellement trouvé des échos dans la décision adoptée par le conseil exécutif de l'UNESCO au bout de sa 174^{ème} Session qui, tout en « soulignant l'importance des instruments internationaux qui défendent la liberté d'expression et la liberté de pensée, de conscience et de religion » et en « réaffirmant l'attachement de l'UNESCO au respect de la liberté d'expression et au respect des convictions religieuses et des symboles religieux », souligne aussi que « les médias peuvent avoir un rôle important à jouer dans la promotion de la tolérance, du respect des religions et des convictions et de la liberté de religion et de conviction » et que l'exercice de la liberté d'expression se fait « dans un esprit de respect mutuel et de compréhension

¹⁰²⁷ La note accompagnant l'ordre du jour contient les propos suivants : « Si ces caricatures ont été l'expression d'une incitation à la haine et d'un mépris vis-à-vis d'une religion, elles ont constitué également une violation des lois internationales notamment de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les différents actes et instruments relatifs aux droits économiques, sociaux culturels, ainsi qu'au respect des droits de l'homme. [...] Les caricatures du Prophète Mohamed ont déclenché des développements et des réactions populaires d'une telle ampleur qu'il est à craindre que le climat ainsi créé puisse être mis à profit par des minorités extrémistes pour provoquer un affrontement entre les cultures, les civilisations et les religions du monde. [...] La liberté d'expression peut aboutir, si l'on n'y prend garde, à des situations de violence et de haine raciale telle que vécues auparavant dans l'histoire récente et passée (nazisme, Rwanda, Bosnie, etc.). Si les quelques médias auteurs de ces caricatures ont pris argument de la liberté d'expression pour se justifier, il n'en demeure pas moins que lorsque celle-ci s'exerce au détriment de la dignité et de la sensibilité des cultures et des religions dans leur diversité, elle risque au contraire de provoquer la violence. Liberté d'expression et le respect des croyances, valeurs et symboles religieux, non seulement doivent aller de pair, mais être mutuellement intégrés pour promouvoir la connaissance, la compréhension mutuelle et le dialogue ». UNESCO, 174 EX/1 du 3 avril 2006, *Ordre du jour*.

mutuelle »¹⁰²⁸. Dans ce sens, l'UNESCO se positionne à mi-chemin entre la consécration de la liberté d'expression et l'inviolabilité des religions. Elle adopte un discours vague et évasif qui permet de ne pas prendre parti. Pour autant, l'OCI peut considérer que la bataille est concrétisée sur ce front aussi, du moment qu'il existe une consécration formelle des sujets qu'elle porte à l'attention des instances internationales.

L'affaire des caricatures danoises avait pour le moins dire déclenché une vague de violences de grande envergure qui a rapidement pris une ampleur globale. C'est dans le cadre de cette tension qu'une résolution sur la lutte contre la diffamation des religions a été adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU qui se prononçait pour la première fois sur la question en des termes qui rendent très explicite la pression exercée par l'OCI. Ainsi, dans la résolution 60/150, l'Assemblée Générale explique qu'elle est « alarmée par les conséquences négatives que les événements du 11 septembre 2001 continuent d'avoir pour les minorités et les communautés musulmanes dans certains pays non musulmans et par l'image négative que les médias donnent de l'islam, ainsi que par l'introduction et la mise en application de lois qui établissent expressément une discrimination à l'encontre des musulmans et les prennent pour cibles » puis « note avec une vive inquiétude que la campagne de diffamation des religions s'est intensifiée depuis les événements tragiques du 11 septembre 2001, comme est devenue courante la désignation des minorités musulmanes à travers un prisme ethnique et religieux ». Clairement, l'usage général du terme de religions au départ renvoyait nécessairement au cas spécifiquement de l'islam qui a continué à être le seul exemple cité dans toute la résolution¹⁰²⁹.

L'élan de l'OCI suite à l'affaire des caricatures ne fut que renforcé puisqu'elle finit par adopter son plan décennal où elle intègre la lutte contre l'islamophobie comme l'un de ses objectifs principaux qui devraient se concrétiser par une résolution onusienne interdisant cette pratique¹⁰³⁰. Par ces tentatives, l'OCI n'a pas seulement participé à donner naissance à un

¹⁰²⁸ UNESCO, Décisions adoptées par le conseil exécutif à sa 174ème Session (28 mars- 13 avril 2006), 174 EX/Décisions, 12 mai 2006, p. 56.

¹⁰²⁹ On peut lire dans la résolution : « L'Assemblée Générale [...]Se déclare profondément préoccupée par le fait que l'islam est souvent et fausement associé aux violations des droits de l'homme et au terrorisme ; [...] Déploie l'utilisation de la presse écrite, des médias audiovisuels et électroniques, y compris l'internet, et de tous autres moyens dans le but d'inciter à des actes de violence, à la xénophobie ou à l'intolérance qui y est associée et à la discrimination à l'égard de l'islam ou de toute autre religion ; [...] Souligne la nécessité de lutter efficacement contre la diffamation de toutes les religions, en particulier l'islam et les musulmans, notamment dans les instances consacrées aux droits de l'homme ».

¹⁰³⁰ « Emphasize the responsibility of the international community, including all governments, to ensure respect for all religions and combat their defamation; Affirm the need to counter Islamophobia, through the establishment of an observatory at the OIC General Secretariat to monitor all forms of Islamophobia, issue an

nouveau concept en droit international, même si controversé, elle a aussi participé à modeler son sens et sa signification.

2. L'étendu concept de diffamation des religions tel que promu par l'OCI

Il est un fait que l'introduction du concept de diffamation des religions a été accueilli avec suspicion de la part des Etats, autres que ceux membres de l'OCI¹⁰³¹. Cet accueil est légitime à plusieurs égards puisque les partisans des résolutions sur la diffamation avaient souvent tenté de bloquer l'extension de la protection à d'autres religions que l'islam¹⁰³².

Dans ce cadre, il paraît intéressant d'observer l'attitude de l'OCI quant à la détermination des contours du concept de diffamation des religions. En effet, même s'il semble difficile de déterminer le sens exact visé par le concept, ce dernier apparaît pour certains comme « l'emblème de la calomnie d'un groupe entier pour des motifs religieux »¹⁰³³. Pour autant, cette définition ne semble pas couvrir l'étendue du sens visé par le concept de diffamation des religions. La lecture des résolutions s'y rapportant permet de réaliser que le concept dispose d'une dualité de dimensions. L'une d'elles répond à la définition ci-dessus en mentionnant la protection des communautés musulmanes, alors que l'autre, beaucoup plus complexe à saisir, renvoie à la protection de la religion elle-même. En effet, cette dimension aurait pour conséquence de juger la validité des assertions religieuses qui, au sens du droit international, sont purement subjectives et ne peuvent être au-dessus de la critique. Clairement, le concept fait face à un échec d'autolégitimation.

Le terme ne semble pourtant pas perdre de son attrait malgré le défi de blocage conceptuel qu'il pose. Ainsi, en revenant aux propos du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, nous pouvons repérer le soutien de ce dernier au concept. Pourtant, il ne réussit

annual report thereon, and ensure cooperation with the relevant Governmental and Non-Governmental Organizations (NGOs) in order to counter Islamophobia; Endeavor to have the United Nations adopt an international resolution to counter Islamophobia, and call upon all States to enact laws to counter it, including deterrent punishments, Initiate a structured and sustained dialogue in order to project the true values of Islam and empower Muslim countries to help in the war against extremism and terrorism ». Chapitre VII du plan décennal de l'OCI adopté lors de la 3ème session extraordinaire du sommet islamique, 7-8 décembre 2005.

¹⁰³¹ Javaid Rehman et Stephanie E. Berry, « Is the diffamation of religions passé ? The United Nations, The organisation of Islamic cooperation and Islamic states practices: Lessons from Pakistan », *The George Washington International Law Review*, Vol. 44, 2012, p. 438.

¹⁰³² « In fact, supporters of the Defamation Resolutions specifically blocked efforts to extend protection to other specifically identified religions ». Rebecca J. Dobras, « Is the United Nations human rights violations? An analysis of the United Nations' combating defamation of the religion resolutions and Pakistan blasphemy laws », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 37, N. 339, 2009, p. 368.

¹⁰³³ Julian Rivers, « Diffamation des religions et droits de l'homme », *Missio*, 2008, p. 29.

pas à fournir une définition. Plutôt, il avance une description du cadre et des tenants de la diffamation des religions, ainsi que de ses enjeux, de façon à mettre en place l'environnement sur lequel s'étend la lutte contre la diffamation. Ainsi, on peut lire dans un de ces rapports que « la diffamation des religions et la montée de l'antisémitisme, de l'islamophobie, de la christianophobie et de l'hostilité à des traditions spirituelles et religieuses s'inscrivent et sont nourries par trois tendances lourdes. D'abord, l'amalgame et l'imbrication des facteurs de race, de culture et de religion constituent des caractéristiques centrales du climat politique et idéologique actuel, notamment à la suite des événements tragiques du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis d'Amérique. Ensuite, sur le terrain idéologique et intellectuel, notamment en Europe, on observe un sécularisme dogmatique et quasi religieux qui se traduit par la montée d'une intolérance croissante à l'égard de toute expression religieuse ou spirituelle et, enfin, une instrumentalisation politique du facteur religieux qui se traduit notamment par la violence religieuse »¹⁰³⁴. Plus loin le rapporteur spécial considère que « la manifestation la plus grave à l'heure actuelle est constituée par la montée de l'islamophobie et l'aggravation de la situation des minorités arabes et musulmanes dans le monde, notamment à la suite des événements du 11 septembre 2001 »¹⁰³⁵. Pour expliquer cette montée de l'islamophobie, le rapporteur spécial renvoie à une « banalisation idéologique et intellectuelle du discours et de la rhétorique racistes et xénophobes par leur légitimation intellectuelle, qui privilégie une lecture ethnique ou raciale des problèmes sociaux, économiques et politiques, et leur instrumentalisation juridique, qui se manifeste par la hiérarchisation dogmatique, idéologique et politique des libertés garanties par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques comme la liberté d'expression au détriment des autres libertés et des restrictions et limitations prévues par le Pacte »¹⁰³⁶.

Cette construction achevée par le rapporteur spécial, et qui colle parfaitement à l'approche souvent suivie par les résolutions jusqu'à 2011, reflète la représentation du concept de diffamation des religions par l'OCI. Cette représentation inclurait la réalisation d'une balance entre le droit à la liberté d'expression et « un certain droit à ne pas voir sa religion critiquée » sur des bases idéologiques, politiques ou dogmatiques. Dans ce sens, il est soutenu que cette position du rapporteur spécial aurait pour conséquence, même non

¹⁰³⁴ A/HRC/4/19 du 12 janvier 2007, *Application de la résolution 60/251 de l'assemblée générale du 15 mars 2006, intitulée conseil des droits de l'homme*, Rapport de Doudou Diène Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, p. 15.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 2.

désirable, l'interdiction du blasphème¹⁰³⁷, concept, qui lui est aussi vague et très facile à instrumentaliser.

Clairement, en avançant ce concept de diffamation des religions, l'OCI a joué sur ce flou conceptuel ne permettant de déterminer exactement sur quel terrain il faut se poser afin d'évaluer ses implications. Mais, il est possible à la lecture des résolutions et au vu de l'interprétation du rapporteur spécial de soutenir que la diffamation des religions aurait pour versant l'interdiction du blasphème, tout en laissant aux autorités nationales le soin de déterminer ce qui peut tomber dans la case juridique de ce dernier. Aussi, la diffamation des religions serait surtout la diffamation de l'islam, qui à défaut de pouvoir être la victime exclusive de ce phénomène, en est l'exemple concret et le plus alarmant.

Le soutien de l'OCI pour une telle conception est perceptible à partir des positions de ses pays membres. En effet, nombre de ces derniers (Pakistan, Arabie Saoudite, Jordanie, Egypte, Indonésie, etc.) se seraient abstenus du vote lors de l'adoption de la résolution 6/37 du conseil des droits de l'homme¹⁰³⁸. Pourtant, il semblerait à la lecture de cette dernière qu'elle répond aux soucis de discrimination raciale et d'intolérance religieuse tant combattus par ces pays dans le cadre de la rhétorique de la diffamation des religions. Ainsi, elle souligne « qu'aucune religion ne doit être assimilée au terrorisme car cela peut avoir des conséquences fâcheuses sur la jouissance de la liberté de religion ou de conviction par tous les membres des communautés religieuses concernées » et « l'importance de la poursuite et du renforcement du dialogue entre les religions ou les convictions et en leur sein, à tous les niveaux, et en garantissant une participation plus large, y compris des femmes, afin de promouvoir plus de tolérance, de respect et de compréhension mutuelle ». Dès lors, la position d'abstention de ces Etats paraît à premier abord incompréhensible.

Mais, certains auteurs relèvent que cette position s'explique par les dispositions de la résolution relatives au statut des minorités, à celui des femmes ainsi qu'au fait que la résolution met l'islam et les autres religions sur un pied d'égalité en rejetant à la fois l'islamophobie, l'antisémitisme et la christianophobie¹⁰³⁹. En effet, les Etats membres de

¹⁰³⁷ « Diene's interpretation of the notion of "defamation of religions" seems to lend support to an interpretation that is similar in content and scope to the concept of blasphemy ». Javaid Rehman et Stephanie E. Berry, « Is the defamation of religions passé ? The United Nations, The organisation of Islamic cooperation and Islamic states practices: Lessons from Pakistan », *op.cit.*, p. 441.

¹⁰³⁸ Conseil des droits de l'homme, *Élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, Rés. 6/37, 34ème séance, 14 décembre 2007.

¹⁰³⁹ Javaid Rehman, Stephanie E. Berry, « Is the defamation of religions passé ? The United Nations, The organisation of Islamic cooperation and Islamic states practices: Lessons from Pakistan », *op.cit.*, p. 443.

l'OCI avait considéré que cette résolution était à plusieurs égards contraire aux valeurs de l'Islam¹⁰⁴⁰. Il va de soi qu'une stipulation appelant les Etats à « veiller à ce que leurs systèmes constitutionnel et législatif instituent des garanties adéquates et effectives pour assurer à tous, sans distinction, [...] le droit de changer de religion ou de conviction » ne soit pas acceptable pour les Etats de l'OCI étant donnée qu'elle constitue au regard du droit musulman un crime à part entière.

Ainsi, on peut considérer que le concept de diffamation des religions tel que conçu par l'OCI et introduit dans plusieurs résolutions onusiennes doit être pris au sens restreint et ne peut pas vraiment s'inscrire dans le champ de la lutte contre l'intolérance et la discrimination sur la base de la religion au sens large. En fait, il serait même possible d'affirmer ce que le concept conçoit la tolérance comme un courant à sens unique. Et c'est bien cette réalisation qui a valu à la diffamation des religions ses critiques les plus véhémentes.

B. Les critiques adressées au concept de diffamation des religions

Les critiques pouvant être adressées au concept de diffamation des religions tournent autour des limitations aux droits à la liberté d'expression d'un côté et la nouvelle compréhension du droit à la liberté de religion qu'elle propose d'instaurer d'un autre.

Pour commencer, la liberté d'expression est un droit consacré au niveau des articles 19 de la DUDH et du PIDCP. Pour autant, ce droit n'a jamais été posé comme un droit absolu et a toujours été pondéré par des considérations qui ne limitent pas la liberté mais l'encadrent plutôt. Ainsi, l'article 19 de la PIDCP dispose que « nul ne peut être inquiété pour ses opinions » et que « toute personne a droit à la liberté d'expression ». Par ailleurs « l'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi ». Les conditions appelant à un tel conditionnement se résument au respect des droits d'autrui et à sa sécurité ainsi qu'à la sauvegarde de l'ordre public. Il s'agit donc au niveau des textes de réaliser un équilibre pouvant garantir à la fois la libre expression et l'intégrité de tiers. Ceci transparaît clairement dans les dispositions de l'article 20 al. 2 du CIDCP qui dispose que « tout appel à la haine

¹⁰⁴⁰ Javaid Rehman, Stephanie E. Berry, « Is the diffamation of religions passé ? The United Nations, The organisation of Islamic cooperation and Islamic states practices: Lessons from Pakistan », *op.cit.*, p. 443.

nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi ».

La question se pose maintenant de savoir si la formulation de ces articles est capable de supporter l'intégration du concept de diffamation des religions. La réponse qui se profile est négative puisqu'il est soutenu que les dispositions de ces articles doivent être interprétées de la manière la plus stricte possible, non seulement en protection des droits qui s'y attachent mais aussi en liaison au contexte spécifique de leur rédaction et qui leur donne donc un sens bien déterminé¹⁰⁴¹. A cet effet, le concept de diffamation des religions tel que soutenu par l'OCI et promu par les résolutions successives de la commission des droits de l'homme, du conseil et de l'Assemblée Générale de l'ONU, est tellement vague qu'il n'est pas possible de savoir si un acte donné tombe dans le cadre de sa définition. Ou inversement, on pourrait avancer que grâce à ce genre de formulation, tout acte pourrait tomber dans le champ de la diffamation des religions. Evidemment, ceci représente une porte ouverte à l'arbitraire¹⁰⁴².

En effet, et comme il a été soulevé ci-dessus, on ne dispose d'aucune définition formelle du concept de diffamation des religions. Au mieux, il s'agit de description des contours et des risques ainsi que d'une spécification des détenteurs principaux de ce droit. Il en est de même pour l'incitation qui, au fil des résolutions, peine à se distinguer en tant qu'une catégorie d'actes limitée par des conditions précises. Dans ce sens, Blitt souligne que l'OCI a tenté de fusionner le concept de diffamation des religions avec celui d'incitation à la haine religieuse afin de disposer d'un terrain juridique et d'une marge de manœuvre légale, que le concept de diffamation ne semble pas détenir¹⁰⁴³. Pour ce faire, c'est le terme d'incitation qui est utilisé d'une manière aussi générale, qu'il est impossible de définir ce qui rentre dans le cadre de cette interdiction, laissant ainsi flotter le doute sur toutes les conditions devant gérer cette nouvelle catégorie d'interdiction qu'est la diffamation des religions.

¹⁰⁴¹ « article 20(2) is intended to target only the most extreme purposeful advocacy of incitement to imminent forms of discrimination, hostility, and violence ». Robert C. Blitt, «Defamation of religion: Rumors of its death are greatly exaggerated », *The Case Western Reserve Law Review*, Vol. 62, 2011, p. 347.

¹⁰⁴² « From the liberal protection of freedom of expression under the First Amendment to the liberal punishment of even inadvertent offenses against Islam in the OIC member States like Pakistan, the range of possible interpretations and application of defamation of religions is almost unlimited and endows state actors with an enormous power of regulation and enforcement ». Alison G. Belnap, «Defamation of religions: A Vague and overbroad theory that threatens basic human rights », *Brigham Young University Law Review*, 2010, p.679.

¹⁰⁴³ « the OIC embarked upon an increasingly contrived campaign to equate criticism of Islam with incitement to religious hatred which represents an effort to 'reclassify' defamation of religion within the legal framework of incitement». Robert C. Blitt, «Defamation of religion: Rumors of its death are greatly exaggerated », *op.cit.*, p. 355.

Par ailleurs, le concept est critiqué pour la nouvelle lecture de la liberté religieuse qu'il pose. Cette liberté est garantie par l'article 20 de la DUDH et celui du CIDCP qui dispose « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. 4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions ».

Ainsi, l'article préserve la liberté de choisir ses croyances et ses convictions et de les pratiquer dans le cadre des restrictions raisonnables et justifiées mais ne mentionne à aucun moment la garantie de ne pas être offensé¹⁰⁴⁴. En d'autres termes, l'article ne fournit pas une garantie de protection pour la religion elle-même mais plutôt le droit pour les individus de choisir la croyance ou la conviction qu'ils désirent sans en être empêché par une autre religion ou une autre croyance. Ainsi, il ne s'agit pas d'une protection des religions au sens littéral mais plutôt d'une protection des dérives des religions.

Dès lors, l'OCI a opéré un glissement de sens en ce qui concerne le droit à la liberté de religion pour qu'il équivaut à un droit à la protection de la religion elle-même, malgré toute la confusion qu'une telle confirmation peut causer au niveau juridique. En effet, une telle conversion du droit mènerait à opérer des évaluations pour déterminer ce qui constitue une religion. Ces évaluations sont pour le moins dire hasardeuses puisqu'il s'agit là de juger des assertions subjectives et qui sont justement sujet à la critique et à la déconstruction. C'est bien pour cela que le droit à la liberté religieuse est orienté envers les individus au lieu de protéger les religions *per se*. Dans le premier cas, c'est un individu qui est protégé alors que le second tend vers la préservation des idées. Aussi, la protection d'une religion pose la question du

¹⁰⁴⁴ « However, freedom of religion as understood in international law does not include freedom from offence,¹⁰⁴ nor does it protect religions and beliefs *per se*. On the contrary, freedom of religion does protect the right to some form of dissent from a particular religion or belief ». Georgia Alida du Plessis, « Defamation of religion : A critique of the United Nations and Arab Co-authorship of the balance between expression and religious rights », *Ave Maria International Law Journal*, 2013, p. 101.

détenteur d'intérêt. Qui représente la religion ? comment est-elle atteinte ? comment évaluer le dommage ? Toutes ces questions restent sans réponse ou dévient sur ce point vers la reconnaissance de la communauté comme un facteur déterminant. Ceci dit, cette confusion démontre l'incapacité du concept de diffamation des religions à construire une approche logique et convaincante.

Cette enchevêtrement des concepts semble être un handicap substantiel de la théorie de diffamation puisque son interprétation de la liberté des religions implique l'interdiction du blasphème. D'ailleurs, la promotion de la théorie de diffamation a été considérée comme une tentative de renforcer les lois nationales contre le blasphème¹⁰⁴⁵. Dans ce cas, il s'agit pas de soutenir un droit au dénigrement des religions mais de se dresser contre un concept qui, tout comme la diffamation des religions, peut être utilisés afin de violer des droits les plus fondamentaux.

Ainsi, les lois sur le blasphème constituent un risque majeur pour les droits de l'homme en ce qu'elles favorisent un environnement de violence et d'intolérance. Dans le cas précis du Pakistan, les lois sur le blasphème ne déterminent pas un élément d'intention mais qualifie toute action pouvant être jugée comme contraire aux sentiments islamiques en tant que tel¹⁰⁴⁶. Il y a là une grande marge laissée à l'arbitraire ou, si l'on veut, à la discrétion du juge¹⁰⁴⁷. Aussi, l'acte blasphématoire est puni en tant que tel, même s'il ne produit aucune violence¹⁰⁴⁸ et il n'existe même pas de catégories de peines différenciant l'acte blasphématoire ayant causé des violences de l'acte ayant été sans conséquences aucune¹⁰⁴⁹. De plus, cette qualification permet de cibler les critiques ainsi que les minorités religieuses tout autant que

¹⁰⁴⁵ « although the Defamation Resolutions do not actually address any concerns about the blasphemy laws, many opponents argue that the Defamation Resolutions give international justification to the continued use of the blasphemy laws ». Rebecca J. Dobras, « Is the United Nations human rights violations? An analysis of the United Nations' combating defamation of the religion resolutions and Pakistan blasphemy laws », *op.cit.*, p. 371.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 355.

¹⁰⁴⁷ « Pakistan's blasphemy laws contain clauses in relation to "injuring or defiling [a] place of worship, with intent to insult the religion of any class"; "deliberate and malicious acts intended to outrage religious feelings of any class by insulting its religion or religious beliefs"; "defiling . . . of Holy Qur'an"; "use of derogatory remarks . . . in respect of the Holy Prophet"; "disturbing religious assembly"; "trespassing on burial places"143; "uttering words, etc., with deliberate intent to wound religious feelings"; and "use of derogatory remarks, etc., in respect of holy personages ». Javaid Rehman et Stephanie E. Berry, « Is the diffamation of religions passé ? The United Nations, The organisation of Islamic cooperation and Islamic states practices: Lessons from Pakistan », *op.cit.*, p. 457.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*

¹⁰⁴⁹ « According to Human Rights Watch, the blasphemy laws not only criminalize speech that is intended to be discriminatory, but also speech where a mere indirect "innuendo" might cause offense, even if no hateful intent is present ». *Ibid.*, p. 356.

les simples musulmans qui ne disposent dans ce cas d'aucune sécurité juridique¹⁰⁵⁰. Plus encore, la diffamation de religion en tant que blasphème n'est pas sans receler une grande part de subjectivité qui constitue un risque pour toute minorité ce qui mène inéluctablement à des situations inégalitaires. Cette structure subjective se profile déjà dans le cadre des résolutions qui insistent sur la spécificité de l'islam en tant victime essentielle de la diffamation¹⁰⁵¹.

Ainsi, le risque de dérive que pose le concept de diffamation des religions est sérieux pour la conception dominante. Il permet non seulement de vider certains droits piliers de leurs sens, mais il participe aussi à redéfinir ces droits d'une manière à constituer une violation du concept des droits de l'homme. Plus encore la diffamation des religions peut devenir un rempart de l'autoritarisme et constituer un réel instrument anti-démocratique¹⁰⁵². Ces considérations ont valu des critiques véhémentes à l'OCI. A cause de la promotion de la théorie de la diffamation, l'OCI est accusée de sécuriser un double intérêt. Celui de permettre aux extrémistes islamistes de créer un environnement de peur à l'extérieur de leur frontières tout en réprimant les individus au sein de leur propres frontières en ayant recours au crimes de blasphème et de dénigrement des religions¹⁰⁵³. Ainsi, l'organisation suit une politique d'auto-préservation et ne se soucie guère de contribuer aux efforts internationaux pour la promotion des droits de l'homme tel que l'avance sa Charte ou encore la déclaration du Caire.

¹⁰⁵⁰ « In 2011, the treatment of religious minorities in Pakistan was brought under the spotlight following the sentencing to death of a Christian woman, Aasia Bibi, 118 for blasphemy, and the subsequent assassination of two political figures who supported her cause and campaigned for the repeal of the blasphemy legislation under which she was sentenced ». Javid Rehman Stephanie E. Berry, « Is the diffamation of religions passé ? The United Nations, The organisation of Islamic cooperation and Islamic states practices: Lessons from Pakistan », *op.cit.*, p. 454.

¹⁰⁵¹ « Inevitably, adherents of religions that have a common root (such as Christianity and Islam) may find the doctrine of the other religion offensive. If adherents of one religion are less easily insulted than the other, then this creates unequal application of the blasphemy laws [...] These laws are also used against Shi'a Muslims and to prevent members of the majority Sunni community from expressing dissent. Legitimate criticism has been stifled, and the fundamental rights of members of religious minorities are violated in order to satisfy extremists ». Javid Rehman et Stephanie E. Berry, « Is the diffamation of religions passé ? The United Nations, The organisation of Islamic cooperation and Islamic states practices: Lessons from Pakistan », *op.cit.*, p. 458.

¹⁰⁵² « Laws prohibiting the defamation of religions could easily be turned into a licence for the authorities to persecute not only religious dissent but also any opposition to the regime by bringing to trial not actions but ideas. Indeed, the series of 'defamation of religions' resolutions clearly put at risk the rights contained in the International Covenant on Civil and Political Rights ». Dimitrina Petrova, « Smoke and Mirrors: The Durban Review Conference and Human Rights Politics at the United Nations », *Human Rights Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 133- 134. Voir aussi, Nicole McLaughlin, « Spectrum of Defamation of Religion Laws and the Possibility of a Universal International Standard », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 32, 2010, pp. 395- 426.

¹⁰⁵³ « On one side, they allow Islamic extremists to create an atmosphere of fear through violent reactions to actions deemed defamatory to Islam in non-member states without loudly decrying that behavior, thus encouraging a disposition of absolute protection for Islam. On the other side, OIC States have used the defamation of religions theory to persecute individuals and groups within their own borders for blasphemy, defamation, or slander of Islam—thus squelching any dissenting or critical discourse », Alison G. Belnap, « Defamation of religions: A Vague and overbroad theory that threatens basic human rights », *op.cit.*, p. 635.

Tous ces éléments permettent d'évaluer l'apport de l'OCI en tant qu'innovation radicale. L'apport eu égard de sa propre raison mais aussi concernant la détermination des termes de l'interaction avec le droit international.

A cet effet, nous rappelons que la réaction au conflit posé par l'interaction se déclare comme un choix stratégique¹⁰⁵⁴ qui vise à préserver le contrôle de la raison sur le droit et du droit sur la société. L'innovation radicale ne déroge pas à cette conception. Le système juridique, en choisissant d'intégrer un élément étranger en son sein, connaît en effet un processus de régulation. Aussi, faut-il rappeler que toute interaction de deux systèmes juridiques représente une interaction des discours des raisons juridiques qui les animent. Ainsi, la négociation des termes de l'interaction s'opère par la détermination des éléments d'un nouveau récit juridique qui puisse permettre de maintenir le contrôle.

En ce sens, l'intervention de l'OCI pour introduire la notion de diffamation des religion est une réussite, et sa perte de terrain quant à son imposition n'est que le versant normal de toute interaction. Ceci étant, il faut considérer que pour la raison juridique islamique, le fait de renouveler son discours afin qu'il puisse accueillir des éléments du discours des droits de l'homme, et de s'engager sur la voie de s'intégrer soi même en son sein, est une grande évolution.

Clairement, il ne s'agit pas de neutraliser le discours des droits de l'homme comme l'est le cas pour la déclaration du Caire, mais plutôt de se greffer dessus et de l'utiliser pour servir ses propres intérêts en faisant la promotion d'un concept qui serait, en apparence, tout à fait en accord avec lui. La limite entre les deux situations est mince, mais cela n'empêche qu'elle existe. En ce sens, l'apport de l'OCI dans la préservation de la raison juridique islamique se concrétise dans l'exportation de cette raison dans le champ du droit concurrent. En acceptant de jouer le jeu des organisations internationales, on élargi le champ de la raison juridique et transporte l'interaction sur un terrain autre que celui de son propre système.

Par ailleurs, cette création juridique permet d'introduire une sorte de parallélisme au sein du droit international lui même. En créant au sein de ce dernier des catégories s'appliquant exclusivement aux musulmans, l'initiative tend à s'arroger une partie de ce droit et de la rendre sienne. Dès lors, l'OCI œuvre pour l'instauration d'un droit international pour les musulmans et puis un droit pour les autres où on appliquerait des mesures différentes, des paramètres différents et une raison différente. Cette mitose au sein du droit international ne

¹⁰⁵⁴ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- TI, op.cit.*, p. 317.

fait que l'affaiblir et renforcer la raison juridique islamique qui s'érige ainsi, en tant que système parallèlement applicable. Evidemment, cette intention formulée via l'introduction d'un concept tel que la diffamation des religions a été bloquée finalement au sein des institutions onusiennes. Ceci étant, on ne peut ignorer qu'elle a eu son heure de gloire.

C'est ainsi qu'il faut percevoir le positionnement de l'OCI afin de saisir toutes ses dimensions juridique et sociologique. Un nouveau discours, une nouvelle organisation, un nouveau positionnement qui présage du délaissement des idées traditionnelles menant vers l'isolation¹⁰⁵⁵, mais toujours dans le but de préservation. Comme le dit A.J Arnaud, il s'agit d'un « moment privilégié de contrôle »¹⁰⁵⁶.

PARAGRAPHE 2 : l'OCI et le terrorisme

Parmi les expressions redondantes dans les textes adoptés dans le cadre de la lutte contre la diffamation des religions était la dénonciation de l'amalgame entre la religion islamique et le terrorisme. Cette insistance découle certainement d'une réalité, mais elle prouve aussi le souci de l'OCI d'instaurer une compréhension spécifique du concept de terrorisme. Cela ne semble pas impossible puisqu'il s'agit encore d'un concept en cours d'élaboration (A), ce qui donne à l'OCI l'opportunité de militer pour la prise en considération de son propre positionnement par rapport au concept de terrorisme (B).

A. Le terrorisme : Un concept problématique

Il existe bien une distance entre un phénomène et un concept et le terrorisme en est bien l'exemple. En effet, nous pouvons confirmer que le phénomène du terrorisme connaît une montée exponentielle, mais nous nous pouvons toujours pas poser les bases pour définir le concept d'une manière certaine. Cette manœuvre, au delà de la simple reconnaissance de l'existence d'une chose, nécessite qu'un consensus sur sa nature soit atteint. Et c'est justement cette étape qui pose problème au niveau de la définition du concept de terrorisme qui reste sujet à un flou conceptuel (1), dont on peut retrouver la marque dans les textes (2).

1. Le flou conceptuel autour de la notion de terrorisme

Dans un article très acclamé, Richard Reev Baxter introduit le concept de terrorisme en mettant en lumière son caractère imprécis, ambigu et surtout le fait qu'il ne puisse

¹⁰⁵⁵ Voir Meghan E. Tepas, « A look at traditional Islam's general discord with a permanent system of global cooperation », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N. 2, 2008, pp. 681-701.

¹⁰⁵⁶ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T1, op.cit.*, p. 317.

s'inscrire dans une aucune catégorie légale opérationnelle¹⁰⁵⁷. Il relève aussi la grande part de subjectivité que recèle le concept et qui fait qu'un individu ou un acte puisse, d'une manière équivalente, porter l'emblème de terroriste ou de combat pour la liberté, et ce selon la perspective et le point de vue de l'observateur¹⁰⁵⁸.

En conséquence de cette confusion, le concept de terrorisme continue d'être utilisé d'une manière conjoncturelle plutôt que sur la base d'une définition se basant sur des éléments stables. En somme, il s'agirait d'une reconnaissance instinctive rappelant l'expression célèbre : « Ce qui ressemble, sent et tue comme le terrorisme est du terrorisme »¹⁰⁵⁹.

Cette déclaration nous met, en effet, face à une première complication quant à la définition du concept de terrorisme puisque cette dernière reposerait essentiellement sur la perception qu'on peut développer d'une situation et pose donc le problème d'absence d'objectivité dès lors qu'il s'agit d'un conflit idéologique ou politique. En gros, la qualification de terroriste dépend largement de la position défendue dans une situation donnée.

Cette réalité nous conduit à la seconde complication quant à la détermination d'une définition du concept de terrorisme et qui se rapporte à la détermination de la nature d'une entité terroriste. Dans ce sens, il y a deux conceptions du terrorisme qui ont vu le jour. La première dans les pays développés et l'autre dans les pays en cours de développement dont une majorité d'Etats islamiques. Ainsi, alors que les premiers insistent sur les actes de terrorisme individuels ou entrepris par des organisations terroristes internationales, les seconds mettent en exergue une conception de terrorisme d'Etat qui s'inscrit dans le cadre, ou dans la continuité des politiques coloniales et d'oppression basée sur la supériorité d'une race¹⁰⁶⁰. Cette notion de terrorisme d'Etat a été soumise à plusieurs reprises aux regards des instances

¹⁰⁵⁷ « We have cause to regret that a legal concept of "terrorism" was ever inflicted upon us. The term is imprecise; it is ambiguous; and above all, it serves no operative legal purpose ». Richard Reev Baxter, « A skeptical look at the concept of terrorism », *Akron Law Review*, Vol. 7, N. 3, 1974, p. 380.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ « what looks, smells and kills like terrorism is terrorism ». Déclaration de Sir Jeremy Greenstock, KCMG représentant permanent du Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande, Débat de l'AG de l'ONU sur le terrorisme, 1 octobre 2001.

¹⁰⁶⁰ Javid Rehman, *Islamic State practices, international law and the threat from terrorism: A critique of the 'Clash of Civilisations' in the new world order*, Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 74.

onusiennes et, en prouvant la grande part de subjectivité dans la détermination des éléments du concept, donne lieu à une notion qui a plus une portée politique que juridique¹⁰⁶¹.

En effet, l'une des premières résolutions de l'Assemblée Générale de l'ONU sur le sujet démontre à quel point les tenants étaient divisés sur le sujet. Ainsi, la résolution 3034 de l'Assemblée Générale est intitulée « mesures visant à prévenir le terrorisme international qui met en danger ou anéantit d'innocentes vies humaines, ou compromet les libertés fondamentales, et étudie des causes sous-jacentes des formes de terrorisme et d'actes de violences qui ont leurs origines dans la misère, les déceptions, le grief et le désespoir et qui poussent certaines personnes à sacrifier des vies humaines, pour tenter d'apporter des changements radicaux »¹⁰⁶². Ce titre porte en lui la justification de certaines formes de terrorisme comme une réaction attendue à la misère et à l'oppression. Par ailleurs, le 4ème paragraphe de cette résolution « condamne les actes de répression et de terrorisme coloniaux, racistes et étrangers continuent de se livrer en privant des peuples de leur droit légitime à l'autodétermination et à l'indépendance et d'autres droits de l'homme et libertés fondamentales ». Le fait que la résolution mentionne le terrorisme colonial, raciste et étranger montre la persistance des soucis de souveraineté au centre du débat sur le terrorisme.

Pour résoudre les tensions quant à cette divergence sur la détermination de la nature d'une entité terroriste, l'Assemblée Générale de l'ONU a adopté la résolution 49/60¹⁰⁶³ qui vise à atteindre un équilibre entre les deux points de vue. Ainsi l'Assemblée Générale déclare être « fermement résolue à éliminer le terrorisme international sous toutes ses formes et manifestations » et « convaincue également que la répression des actes de terrorisme international, y compris ceux dans lesquels des États sont impliqués directement ou indirectement, est un élément indispensable au maintien de la paix et de la sécurité

¹⁰⁶¹ Lettre du représentant de la mission permanente de l'Iraq, datant du 3 octobre 2004, adressé au comité contre le terrorisme, para. 1 : « Iraq is the foremost victim of terrorism, including State terrorism. Its leaders, officials and citizens have been exposed to many terrorist kidnapping attempts and its cities and villages have been the target of terrorist acts committed by terrorists who slip across borders—terrorists that receive patronage, training, finance and armament within a framework of State terrorism ie terrorism carried out by States themselves. One such State is the United States of America which openly spends tens of millions of dollars on troops of mercenaries to carry out terrorist operations against Iraq pursuant to what is referred to as the 'Iraq Liberation Act ».

¹⁰⁶² A/RES/3034 (XXVII) du 18 décembre 1972, *Mesures visant à prévenir le terrorisme international qui met en danger ou anéantit d'innocentes vies humaines, ou compromet les libertés fondamentales, et étudie des causes sous-jacente des formes de terrorisme et d'actes de violence qui ont leur origine dans la misère, les déceptions, les griefs et le désespoir et qui poussent certaines personnes à sacrifier des vies humaines, y compris la leur, pour tenter d'apporter des changements radicaux*, Assemblée Générale de l'ONU.

¹⁰⁶³ A/RES/49/60 (XLIX) du 17 février 1995, *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Assemblée Générale de l'ONU.

internationales »¹⁰⁶⁴. Dans ce sens, elle reconnaît que le terrorisme peut avoir pour origine une partie étatique et condamne toutes les formes de participation directe ou indirecte à tout acte de violence contre un autre Etat. Parallèlement, l'Assemblée Générale déclare que « les actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans le public, un groupe de personnes ou chez des particuliers sont injustifiables en toutes circonstances et quels que soient les motifs de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou autre que l'on puisse invoquer pour les justifier ». Ainsi, la résolution élimine la possibilité d'invoquer de bonnes raisons pour commettre des actes terroristes. Ainsi, la résolution tente d'établir une homogénéité des points de vue.

Ces tentatives de création d'un cadre cohérent pour la prise en considération du phénomène de terrorisme ont été concrétisées par la création d'un comité spécial¹⁰⁶⁵ chargé d'élaborer une convention internationale pour la répression des actes de terrorisme¹⁰⁶⁶. L'article 2 du projet de convention dispose « 1. Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par tout moyen, cause illicitement et intentionnellement : a) La mort de quiconque ou des blessures graves à quiconque; ou b) D'importants dommages à un bien public ou privé, notamment un lieu public, une installation d'Etat ou publique, un système de transport public, une infrastructure ou l'environnement; ou c) Des dommages aux biens, lieux, installations ou systèmes mentionnés à l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article, qui entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables, lorsque le comportement incriminé, par sa nature ou son contexte, a pour but d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cette définition, bien qu'elle ne mentionne pas explicitement le concept de terrorisme semble renvoyer directement à ce dernier. La définition apportée considère comme criminel tout acte de menace ou d'exécution d'un acte de violence, abstraction faite des motivations idéologiques, philosophiques ou politiques pour éviter de tomber dans les considérations subjectives.

A part cette initiative, il est souvent question d'éluder une définition du terrorisme. C'est bien le cas de la résolution 1373 du conseil de sécurité qui a ouvertement évité

¹⁰⁶⁴ Ibid., Annexe « Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international ».

¹⁰⁶⁵ A/RES/51/210 du 17 décembre 1996, *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Assemblée Générale de l'ONU.

¹⁰⁶⁶ A/57/37 du 11 février 2002, *Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996..*

d'avancer une définition claire malgré le contexte de son adoption¹⁰⁶⁷. Au lieu de ça, la résolution adresse des questions spécifiques et les moyens de réprimer les actes de terrorisme ainsi que les mécanismes de mise en œuvre de cette répression en établissant les procédures de rapports Etatiques. Ainsi, il est une attitude redondante au sein des instances onusiennes d'éviter d'apporter une définition stricte au concept de terrorisme, ce qui constitue une preuve de l'ambiguïté du concept. Dès lors, il semble important de faire un tour des textes régionaux afin d'observer un autre ongle de l'attitude des Etats face au concept.

2. Le terrorisme dans les textes régionaux

L'observation des textes régionaux permet de saisir les différences de perception quant au phénomène de terrorisme. Par ailleurs, il est possible de développer une idée sur la manière selon laquelle ces perceptions se concrétisent en termes conceptuels dans l'élaboration de définitions permettant de passer du stade de la réalité factuelle à celui de construction intellectuelle. Cette construction révèle souvent un point de vue idéologique et politique qui se manifeste plus facilement au niveau des textes régionaux. Ces derniers fournissant un espace plus homogène que celui où naissent les instrument universels. Dès lors, cet espace permet de cristalliser une vision commune du phénomène et fait que les textes représentent des tribunes où peuvent s'exprimer les tendances politiques et les points de vue spécifiques des groupements régionaux.

A ce titre, la convention arabe relative à la répression du terrorisme est révélatrice¹⁰⁶⁸. Dès le préambule, les Etats signataires ne font pas l'économie de rappeler leur attachement au « droit des peuples de lutter contre l'occupation et l'agression étrangères par tous les moyens, y compris la lutte armée, en vue de libérer leur territoire et d'exercer leur droit à l'autodétermination et à l'indépendance [...] ». A partir de là, il est possible de deviner le type de définition apportée au concept de terrorisme dans le cadre de cette convention. Le préambule est, en effet, on ne peut plus explicite en considérant que la lutte pour le droit des peuples à l'autodétermination est légitime quel que soit son mode opératoire.

Ainsi, la convention définit le terrorisme comme étant « tout acte ou menace de violence, quels qu'en soient les motifs ou les buts, qui serait l'instrument d'un projet criminel

¹⁰⁶⁷ S/RES/1373 du 28 septembre 2001.

¹⁰⁶⁸ Convention arabe relative à la répression du terrorisme, signée au Caire le 22 avril 1998, entrée en vigueur depuis le 7 mai 1999, déposée auprès du Secrétariat général de la Ligue des Etats arabes. tr. fr. Secrétariat de l'ONU.

individuel ou collectif, et viserait à semer la terreur dans la population, à lui inspirer de la peur, en lui portant préjudice ou en mettant sa vie, sa liberté ou son indépendance en péril, à causer des dommages à l'environnement, ou à une installation ou un bien, tant public que privé, à occuper ces installations ou ces bien ou à s'en emparer, ou à mettre en danger une ressource nationale ». Jusque là, la définition ne semble pas déroger aux standards habituels en étant générale et vague. Mais la convention se lisant comme un tout, il ne faut pas s'arrêter à la simple définition du terrorisme. Ainsi, l'article 2 al. a) dispose que « ne sont pas considérés comme infractions tous les cas de lutte par tous moyens, y compris la lutte armée, contre l'occupation et l'agression étrangères et pour la libération et l'autodétermination, conformément aux principes du droit international. La présente disposition exclut tous actes portant atteinte à l'intégrité territoriale d'un Etat arabe ». Dès lors, nous pouvons conclure que la convention aurait pour but, non pas l'affirmation positive de ce que le terrorisme est, mais plutôt de ce qu'il n'est pas. Cette manœuvre découle naturellement de conceptions politiques. L'usage de notions juridiques dans ce cadre ne réussit pas à assurer la juridicité du contexte. Au contraire, l'emprunte idéologique ressurgit très explicitement.

L'Organisation de l'Unité Africaine (OUA maintenant l'Union africaine) s'est aussi dotée d'une convention sur la prévention et la lutte contre le terrorisme¹⁰⁶⁹. Elle se place dans la même position de la convention arabe en apportant une définition au terrorisme qui pourrait s'appliquer à toute infraction pénale et qui ne fait donc pas ressortir les spécificités du concept. En effet, l'article 1 al. 3) dispose que « est « Acte terroriste » : (a) tout acte ou menace d'acte en violation des lois pénales de l'État Partie susceptible de mettre en danger la vie, l'intégrité physique, les libertés d'une personne ou d'un groupe de personnes, qui occasionne ou peut occasionner des dommages aux biens privés ou publics, aux ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel, et commis dans l'intention : (i) d'intimider, provoquer une situation de terreur, forcer, exercer des pressions ou amener tout gouvernement, organisme, institution, population ou groupe de celle-ci, d'engager toute initiative ou de s'en abstenir, d'adopter, de renoncer à une position particulière ou d'agir selon certains principes ; ou (ii) de perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations ; (iii) de créer une insurrection générale dans un État Partie. (b) Toute promotion, financement, contribution, ordre, aide, incitation, encouragement, tentative, menace,

¹⁰⁶⁹ Convention de l' OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme. Adoptée à Alger le 14 juillet 1999 et déposée auprès du Secrétaire général de l'Organisation de l'unité africaine.

conspiration, organisation ou équipement de toute personne avec l'intention de commettre tout acte mentionné au paragraphe a (i) à (iii) ». Au même titre, la convention applique le même procédé que la convention arabe en insistant dans son article 3 al. 1) sur le fait que « Sans préjudice des dispositions de l'Article premier de la présente Convention, la lutte menée par les peuples en conformité avec les principes du droit international, pour la libération ou leur autodétermination, y compris la lutte armée contre le colonialisme, l'occupation, l'agression et la domination par des forces étrangères, ne sont pas considérés comme des actes terroristes ». Là encore, cette manœuvre se justifie par le contexte africain de la convention et s'inscrit dans le cadre de ses politiques. On pourrait encore conclure qu'il ne s'agit pas tant d'apporter une définition au terrorisme mais plutôt de déterminer ce qu'il ne rentre pas dans ce cadre. Cependant, la convention de l'OUA tente de réaliser un équilibre en spécifiant dans l'article 3 al. 2) que « les considérations d'ordre politique, philosophique, idéologique, racial, éthique, religieux ou autres ne peuvent justifier les actes terroristes visés dans cette Convention ». Pourtant, on voit mal comment ce détail pourrait constituer un barrage contre les dérives. En effet, les luttes présentées au premier alinéa sont souvent motivées par des considérations politiques, idéologique, philosophiques, etc. Ce qui conduit cet article sur le terrain de l'auto-contradiction et fait que ses articles se neutralisent mutuellement. Cette position du milieu, tentant de prévenir les glissements idéologiques, ne fait que renforcer l'impression d'imprécision et de flou concernant la détermination des caractéristiques d'un acte terroriste.

Pour sa part, la convention Européenne pour la répression du terrorisme suit un mode différent¹⁰⁷⁰. Ainsi, au lieu d'apporter une définition générale de ce que représente un acte terroriste, la convention dresse une liste des différents cas pouvant être considérés comme tel. Ainsi, l'article 1 dispose que « pour les besoins de l'extradition entre Etats Contractants, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques: a. les infractions comprises dans le champ d'application de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970; b. les infractions comprises dans le champ d'application de la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971; c. les infractions graves constituées par une attaque contre la

¹⁰⁷⁰ Convention européenne sur la répression du terrorisme, conclue à Strasbourg le 27 janvier 1977 et déposée auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe le 30 mai 1979.

vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ayant droit à une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; d. les infractions comportant l'enlèvement, la prise d'otage ou la séquestration arbitraire; e. les infractions comportant l'utilisation de bombes, grenades, fusées, armes à feu automatiques, ou de lettres ou colis piégés dans la mesure où cette utilisation présente un danger pour des personnes; f. la tentative de commettre une des infractions précitées ou la participation en tant que co-auteur ou complice d'une personne qui commet ou tente de commettre une telle infraction ». L'idée a été reprise dans le cadre de la décision-cadre du Conseil de l'Union Européenne du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹⁰⁷¹ dont l'article premier se livre aussi à détailler les types d'infractions pouvant constituer des actes terroristes d'une manière très spécifique. Ainsi, son article premier dispose que « chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de: - gravement intimider une population ou

- contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou

- gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale; a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort; b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne; c) l'enlèvement ou la prise d'otage; d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables; e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises; f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement; g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant

¹⁰⁷¹ Conseil de l'Union Européenne, Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, (2002/475/JAI), Journal officiel n° L 164 du 22/06/2002, pp. 3-7.

pour effet de mettre en danger des vies humaines; h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines; i) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h) ». Nous sommes là face à un autre mode qui sacrifie le fait d'apporter une conception générale au bénéfice d'une approche plus pragmatique. Cependant, aussi réaliste que puisse être cette méthode, elle démontre que nous sommes face à un concept qui résiste à un exercice juridique simple qui est celui d'être synthétisé dans le cadre d'une définition.

C'est justement cette situation qui a permis à l'OCI d'avoir un positionnement spécifique par rapport à la question du terrorisme. C'est à partir de la nature modulable du concept, que l'OCI a pu s'arroger une place dans le dialogue internationale sur le terrorisme et qui est toujours de vigueur.

B. Le positionnement de l'OCI par rapport au concept de terrorisme

Le flou du concept de terrorisme a constitué une opportunité que l'OCI a saisi afin d'imposer son approche (1) et de la concrétiser plus tard au niveau d'un texte (2).

1. L'approche de l'OCI concernant la question du terrorisme

L'approche de l'OCI concernant la question du terrorisme peut-être essentiellement ramenée à l'idée de l'autodétermination et, sur un second plan, à celle d'imposer le distancement de l'islam de ce concept. Ces deux versants sont extrêmement liés et apparaissent très explicitement dans les objectifs de l'OCI tels que dressés dans sa charte¹⁰⁷², mais aussi dans un grand nombre de ses résolutions¹⁰⁷³. La question du soutien de l'OCI à la cause Palestinienne, mais aussi sa prise de position dans le conflit Kashmiri reviennent

¹⁰⁷² L'article 1 de la charte de l'OCI dispose que « Les objectifs de l'Organisation de la Conférence islamique sont les suivants :4- Soutenir la restauration de la souveraineté complète et l'intégrité territoriale d'un Etat membre sous occupation étrangère par suite d'une agression, sur la base du Droit International et de la coopération avec les organisations internationales et régionales compétentes ; 8- Soutenir le peuple palestinien et lui donner les moyens d'exercer son droit à l'autodétermination et à créer son Etat souverain, avec pour capitale alQods al-Charif, tout en préservant le caractère historique et islamique ainsi que les Lieux Saints de cette ville ; 12- Protéger et défendre la véritable image de l'Islam [...] ».

¹⁰⁷³ « Noting with regret the Indian attempt to malign the legitimate Kashmiri freedom struggle by denigrating it as terrorism », Conférence Islamique des ministres des affaires étrangères, RES. n° 2/34-P, 34e session, 15-17 mai 2007. Voir aussi les résolutions de la conférence islamique des ministres des affaires étrangères n° 1/11-PAL sur la cause palestinienne et n° 3/11-PAL sur le Golan Syrien occupé adoptées à la 11e session, 13-14 mars 2008 et aussi les résolutions n° 1/30-PAL sur la cause Palestinienne et le conflit arabo-israélien et la résolution n° 2/30-PAL sur la situation d'Al-Qods et la résolution n° 3/30-PAL sur le Golan Syrien occupé adoptées à la 30e session, 28-30 mai 2003.

essentiellement à des considérations religieuses qui sont amplifiés dans le premier cas à cause du statut de terre sainte dont bénéficie le territoire du conflit Palestinien.

Ces prises de position ont clairement un impact sur l'approche qu'a développé l'OCI dans la question de terrorisme. Dans ce sens, la déclaration de Kuala Lumpur sur le terrorisme international¹⁰⁷⁴ rejette explicitement toute association des Etats islamiques et surtout de la résistance Palestinienne avec le terrorisme¹⁰⁷⁵. La déclaration considère aussi que le combat contre le terrorisme commence par la compréhension de ses racines et rappelle que l'environnement de colonisation étrangère, d'injustice et d'occupation sont autant de causes pouvant mener à des actes terroristes¹⁰⁷⁶. Dans le même ordre d'idées, la déclaration rejette toute action unilatérale prise contre une Etat islamique sous le prétexte de combattre le terrorisme puisque cela ne fera que mettre en danger la coopération internationale dans ce domaine¹⁰⁷⁷.

En somme, le préambule de la déclaration de Kuala Lumpur nous permet de saisir la relation entre l'islam et le terrorisme selon l'OCI. Cette dernière est en fait dédiée à éviter que l'islam ne soit perçu comme un propagateur d'une culture d'agression mais aussi à respecter les règles religieuses imposant la résistance à l'injustice et la libération des terres musulmanes. Ce positionnement explique que le plan d'action présenté par la déclaration prévoit non seulement de renforcer la coopération au sein de l'OCI afin de combattre le terrorisme mais aussi d'adopter les mesures nécessaires afin de projeter une image respectueuse de l'islam. Cette disposition revêt tout son sens dans le cadre de la déclaration qui balise donc le terrain pour l'établissement d'un lien entre l'islam, l'idée de l'autonomie des peuples et celle du terrorisme.

Par ailleurs, la déclaration fait un rappel des efforts de l'OCI afin de travailler sur une définition internationalement agréée du concept de terrorisme et qui soit différenciée de la lutte pour la libération des peuples et intégrée dans une convention internationale pour la lutte

¹⁰⁷⁴ Adoptée lors de la session extraordinaire de la conférence Islamique des ministres des affaires étrangères du 1 au 3 avril 2002.

¹⁰⁷⁵ « We reject any attempt to link terrorism to the struggle of the Palestinian people in the exercise of their inalienable right to establish their independent state with Al-Quds Al-Sharif as its capital; We reject any attempt to associate Islamic states or Palestinian and Lebanese resistance with terrorism, which constitutes an impediment to the global struggle against terrorism ». Préambule de Déclaration de Kuala Lumpur sur le terrorisme international, *op.cit.*

¹⁰⁷⁶ « We emphasize the importance of addressing the root causes of international terrorism, convinced that the war against terrorism will not succeed if the environment that breeds terrorism, including foreign occupation, injustice and exclusion, is allowed to thrive ». *Ibid.*

¹⁰⁷⁷ « We reject any unilateral action taken against any Islamic country under the pretext of combating international terrorism, as this will undermine global cooperation against terrorism ». *Ibid.*

contre le terrorisme¹⁰⁷⁸. Il est clair que les efforts de l'OCI ont un écho international sur ce plan précis. C'est en effet grâce au lobbying de l'OCI que l'organisation de libération palestinienne (OLP) a acquis le statut d'observateur au sein de l'ONU en 1974 et que la Palestine s'est vu accorder le statut d'Etat non membre observateur en adoptant la résolution de l'Assemblée Générale 67/19 du 29 novembre 1948¹⁰⁷⁹. Récemment, et en concordance avec le plan d'action de la déclaration de Kuala Lumpur, le groupe de l'OCI représenté par l'Egypte dans le sixième comité de l'Assemblée Générale de l'ONU travaillant sur la préparation d'une résolution sur les « mesures sur l'élimination du terrorisme international » a participé aux débats généraux en gardant la même ligne politique. Ainsi, dans sa déclaration à la date du 7 octobre 2014, l'Egypte a rappelé que l'OCI condamne fermement le terrorisme en ce que ce phénomène est contraire aux principes de l'islam telles que la justice, la liberté, etc. Ceci étant, l'OCI rappelle que la religion ne doit pas être associée avec le terrorisme¹⁰⁸⁰. Clairement, en parlant de religion, l'OCI vise l'islam et défend sa position devenue fragile avec la montée des courants extrémistes islamistes. La déclaration fait aussi un rappel au droit international et réitère la position de l'organisation sur la nécessité de faire une différenciation entre terrorisme et luttes pour la libération, mais aussi d'aborder les raisons de ces luttes comme un terrain favorable au terrorisme, d'où le rappel constant de la cause palestinienne et son statut de sujet épineux où les limites entre actes de terreur et mouvements libérateurs sont souvent difficiles à cerner et dépendent clairement du point de vue de l'observateur. Ainsi, le groupe de l'OCI a présenté un projet de convention dans lequel elle propose non seulement une définition juridique du terrorisme mais pose aussi les jalons de sa distinction des actions entreprises dans le cadre des luttes des peuples pour l'autodétermination¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁸ « We will work towards an internationally agreed definition of terrorism and terrorist acts, which shall be differentiated from the legitimate struggle and resistance of peoples under colonial or alien domination and foreign occupation for national liberation and self-determination, for incorporation into the draft Comprehensive Convention on International Terrorism ». Article 3, Déclaration de Kuala Lumpur sur le terrorisme international, *op.cit.*

¹⁰⁷⁹ Katja Samuel, « The legal response to terrorism of the Organisation of Islamic Cooperation », in Ben Saul (dir), *Research Handbook on international law and terrorism*, Royaume Uni, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 724.

¹⁰⁸⁰ « The OIC Group, its scholars and peoples strongly denounce all terrorists' atrocities around the world, since it contradicts with the practices of Islam and its principles that call for justice, kindness, fairness, freedom of faith and coexistence.

We reaffirm that terrorism should not be associated with any religion, race, faith, theology, values, culture, society or group. No religion or religious doctrine encourages or inspires acts of terrorism, and thus, none should be portrayed as such ». Déclaration de l'Egypte en représentation de l'OCI à la date 7 octobre 2014.

¹⁰⁸¹ « The OIC Group also reaffirms its commitment to strengthen mutual cooperation in the fight against terrorism. Only through a coordinated approach the international community's fight against terrorism will yield effective results. To achieve this objective the Group supports a comprehensive strategy to combat terrorism that must address the root causes of terrorism including unlawful use of force, aggression, foreign occupation,

En somme, il semble que les efforts de l'OCI afin d'imposer sa propre conception du terrorisme sont concrets et que son investissement dépasse les limites de ses propres institutions pour s'inscrire dans le cadre de l'internationalisation des causes de l'organisation. Cette manœuvre passe certainement par l'usage de l'influence dans les circuits internationaux et dans la négociation des textes multilatéraux mais aussi par le fait d'imposer sa présence en adoptant ses propres mesures et en se dotant d'instruments juridiques pouvant constituer une référence. Ceci est bien le cas de la convention de l'OCI sur la lutte contre le terrorisme, un texte qui revient souvent dès lors qu'on s'intéresse au concept.

2. La convention de l'OCI sur la lutte contre le terrorisme

La convention de l'OCI sur la lutte contre le terrorisme apparaît comme l'instrument qui incarne au mieux la politique de l'OCI à l'égard du phénomène. Adoptée le 1 juillet 1999 à Ouagadougou, la convention constitue donc une référence du point de vue de l'OCI.

Le préambule de la convention constitue une annonce des lignes importantes de cette politique à l'égard du terrorisme puisqu'il contient *inter alia* une mention de la contradiction de ce phénomène avec les préceptes de l'islam et un rappel des règles du droit international ainsi que la réaffirmation de l'attachement à la dissociation du droit des peuples à disposer d'eux mêmes du terrorisme¹⁰⁸². Par ailleurs, le préambule réitère plusieurs fois la condamnation du terrorisme pour toutes les raisons citées (islam, droit international, droits de l'homme) et qui sont, selon l'OCI, en parfaite cohérence et harmonie.

fester international disputes, denial of the right of peoples living under foreign occupation to self-determination, political and economic injustices, and political marginalization and alienation.

The Group reiterates once again the need to make a distinction between terrorism and the exercise of legitimate right of peoples to resist foreign occupation and would like to stress that this distinction is duly observed in International Law, International Humanitarian Law, Article 51 of the Charter of the United Nations, and the General Assembly resolution 46/51 which also endorses this position.

The General Assembly remains seized of the pending issue of the draft Comprehensive Convention on International Terrorism (CCIT). The OIC Group reaffirms its commitment to the process of negotiations and underscores the need for progress in this process. We reiterate our previous proposal on the scope of the draft Convention. The Group is still willing to continue consideration of the Coordinators latest proposal. We reaffirm our determination to make every effort to reach a consensus agreement on the draft convention, by resolving the outstanding issues including those related to the legal definition of terrorism, particularly on the distinction between terrorism and the struggle for the rights of self-determination by people under foreign occupation, and colonial or alien domination ». Déclaration de l'Egypte en représentation de l'OCI, *op.cit.*

¹⁰⁸² « Les Etats membres de l'Organisation de la Conférence islamique; Se fondant sur les enseignements de la charia islamique sublime qui rejettent toutes les formes de violence et de terrorisme, en particulier celles reposant sur l'extrémisme et exhortent à la protection des droits de l'homme ; ce qui est conforme aux principes du droit international qui se fondent sur la coopération entre les peuples pour l'instauration de la paix ; [...] Réaffirmant le droit légitime des peuples à lutter, par tous les moyens, contre l'occupation étrangère et les systèmes colonialistes et répressifs, y compris la lutte armée pour la libération de leurs territoires et pour leur droit à l'autodétermination et à l'indépendance, conformément aux principes du droit international et aux dispositions de la Charte des Nations Unies ».

Plus loin, l'effort de la convention se concentre sur la définition du concept de terrorisme. On a déjà noté la difficulté tant juridique que politique de formuler une définition du concept, ce qui laisse entrevoir le sérieux accordé par l'OCI à la participation à son élaboration. Ainsi, l'article 1 al. 2) définit le terrorisme comme étant un « acte de violence ou de menace de violence quels qu'en soient les mobiles ou objectifs, pour exécuter individuellement ou collectivement un plan criminel dans le but de terroriser les populations, de les nuire, de mettre en danger leur vie, leur honneur, leurs libertés, leur sécurité ou leurs droits, de mettre en péril l'environnement, les services et biens publics ou privés, de les occuper, ou de s'en emparer, de mettre en danger une des ressources nationales ou des facilités internationales ou de menacer la stabilité, l'intégrité territoriale, l'unité politique ou la souveraineté des Etats indépendants ». On remarque que la définition donnée est générale et qu'elle peut faire rentrer tout acte dans la case du terrorisme du moment qu'il vise à nuire à la vie, l'honneur, la liberté des personnes. Le terrorisme peut aussi être dirigé contre les Etats et la définition va même jusqu'à considérer que les attaques mettant en danger l'environnement sont assimilées au terrorisme en rappel des actes perpétrés pendant les guerres Iran-Irak et Irak-Koweït.

L'article 1 al. 3) définit l'acte terroriste comme étant « tout crime commis dans un but terroriste dans un des Etats parties à la présente convention ou dirigé contre ses ressortissants, ses biens, ses intérêts ou services et contre les ressortissants étrangers vivant sur son territoire et qui est incriminé par sa législation ». Puis, il élargit le spectre de la définition aux conventions ci-après citées : « sont également considérés comme crimes terroristes, les crimes visés dans les conventions ci-dessous à l'exception de ceux non considérés comme tels par les législations des Etats parties à la présente convention ou des Etats qui ne l'ont pas ratifiée : a. la convention de Tokyo sur les crimes et actes perpétrés à bord des avions, signée le 14/9/1963, b. la convention de La Haye sur la lutte contre le détournement d'avions signée le 16/12/1970. c. la convention de Montréal sur la répression d'actes illégaux menés contre la sécurité de l'aviation civile signé le 23/9/1971 et son protocole signé le 10/5/1984 à Montréal. d. la convention de New York sur la prévention et la punition des crimes perpétrés contre des personnes jouissant de la protection internationale, y compris les diplomates, signée le 14/12/1973, e. la convention internationale sur l'enlèvement et la prise d'otages signée le 17/12/1979, f. la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et ses dispositions relatives à la piraterie maritime. g. la convention internationale sur la protection matérielle de produits nucléaires, signée en 1979 à Vienne. h. le protocole additionnel de la

convention sur la répression des actes illégaux contre la sécurité de l'aviation civile et la répression des actes illicites de violence dans les appareils de l'aviation civile, signé en 1988 à Montréal i. Le protocole relatif à la répression des actes illicites commis contre la sécurité d'espaces du plateau continental, signé en 1988 à Rome. j. La convention sur la répression des actes illicites contre la navigation maritime, signée en 1988 à Rome. k. La convention internationale sur la répression des attentats terroristes, New York 1997. l. Les dispositions de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1988) relatives à la piraterie maritime ». Il y a donc une motivation ferme afin de s'aligner sur la pratique internationale de contre terrorisme et de s'intégrer dans le champ du droit international.

Pour autant, l'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux mêmes reste aussi forte puisque la convention considère que « ne sont pas considérés comme crimes terroristes les cas de lutte que mènent les peuples, y compris la lutte armée, contre l'occupation étrangère, le colonialisme, l'agression et la domination, pour la libération ou l'autodétermination conformément aux principes du droit international ». Cette disposition doit être comprise dans le contexte des Etats membres de l'OCI et signataires de la convention. En effet, l'autodétermination dans ce sens ne peut être comprise que comme la libération des territoires colonisés ou occupés et fait donc un rappel des causes défendues par l'OCI. Mais l'autodétermination dans le sens de la convention ne peut absolument pas être entendue comme la recherche de l'instauration d'un régime démocratique considérant que la quasi-totalité des Etats membres de l'OCI perpétuent la tradition des régimes autocratiques et un réel culte du gouvernant et refusent dans leurs contextes internes de reconnaître le droit des peuples à jouir de leurs droits humains et de la bonne gouvernance.

La deuxième partie de la convention traite des « bases de la coopération islamique pour combattre le terrorisme », où les Etats membres « s'engagent à ne pas procéder, entamer ou participer de quelle que manière que ce soit à des activités destinées à organiser, financer, commettre ou inciter à commettre des actes terroristes ou à les soutenir d'une manière directe ou indirecte »¹⁰⁸³. Pour ce faire, la convention prévoit des mesures préventives tels que le fait d'empêcher leurs territoires de servir comme des bases de planification ou d'organisation de crimes terroristes mais aussi le fait d s'abstenir de financer toute activité terroriste. Cette mesure semble aussi soulever certaines controverses puisque certains Etats membres de l'OCI sont pointés du doigt comme étant des pourvoyeurs d'actes terroristes et surtout pour les

¹⁰⁸³ Article 3 de la convention de l'OCI pour la lutte contre le terrorisme.

réseaux de financements des organisations terroristes qu'ils soutiennent des fois très ouvertement¹⁰⁸⁴. La convention prévoit aussi des mesures de lutte contre les actes terroristes qui englobent le fait d'« arrêter les auteurs de crimes terroristes et les juger conformément à la législation nationale ou les extraditer conformément aux dispositions de la présente convention ou aux accords conclus entre l'Etat requérant et l'Etat saisi de la demande d'extradition est adressée. 2. Assurer la protection des personnes travaillant dans le domaine de la justice pénale. 3. 3- Protéger les sources d'information sur les crimes terroristes et les témoins d'actes terroristes. 4. Apporter l'assistance nécessaire aux personnes victimes de terrorisme. 5. Etablir une coopération efficace entre les organes concernés et les citoyens dans les Etats parties dans le but de combattre le terrorisme et ce, à travers notamment des garanties et des mesures d'incitation qui encouragent les populations à donner des informations sur les actes terroristes et d'autres qui puissent aider à découvrir de tels actes et à arrêter leurs auteurs ».

Par ailleurs, la convention prévoit des mesures éducationnelles qui incluent des mesures visant l'extérieur tel que « renforcer les activités médiatiques et soutenir les moyens d'information pour faire face à la féroce campagne dirigée contre l'Islam et ce, en projetant l'image authentique de l'Islam et en dénonçant les dessins des groupes terroristes et le danger qu'ils représentent pour la stabilité et la sécurité des Etats islamiques ». Une telle mesure rentre clairement dans le cadre la protection de l'image de l'islam qui reste l'un des objectifs les plus importants de l'OCI. Aussi, ce genre de mesures se dirige vers l'intérieur des Etats membres à qui il est recommandé d'« introduire dans les programmes d'enseignement les nobles valeurs humaines ainsi que les principes et l'éthique islamiques qui bannissent la pratique du terrorisme » et de « consolider les efforts visant l'adaptation aux exigences de l'époque par le biais d'un esprit islamique évolué qui se fonde sur l'*ijtihad*, apanage de l'Islam ». Bien que cette mesure semble partir d'une volonté concrète, il paraît difficile de la voir mise en place, au moins dans les Etats membres de l'OCI qui s'attachent à une lecture très conservatrice de l'islam.

Quoi qu'il en soit, le point de vue de l'OCI sur la question du terrorisme, ainsi que sur la question de la diffamation des religions, semble s'inscrire dans une perspective de positionner l'islam dans le contexte international et de contrôler le débat qui se tient sur sa résurgence et ses tenants. Par ailleurs, le discours de l'OCI démontre une volonté d'orienter les problématiques se rapportant à l'islam sur un autre champ que celui du danger terroriste et

¹⁰⁸⁴ Voir Jean-Charles Brisard, *Terrorism Financing : Roots and trends of Saudi terrorism financing*, Rapport préparé à la demande de la présidence du Conseil de Sécurité de l'ONU, New York, 19 décembre 2002.

civilisationnel et d'engager un dialogue multilatéral. Quels que soient les résultats ou les motifs réels d'une telle entreprise, on ne peut nier qu'il s'agit d'un mode opératoire coupant avec la défiance et le repli et s'engageant dans une politique d'influence active sur les sujets qui intéressent les Etats islamiques. Dans le cadre de cette recherche, ces mesures relèvent de l'innovation radicale et ce pour toutes les raisons expliquées auparavant. A côté de l'ascension de cet acteur international islamique, le concept de finances islamiques permet de son côté de se positionner dans un terrain vital et de jouer le rôle d'un acteur clé dans le jeu marchand.

SECTION II : LE DROIT DES FINANCES ISLAMIKES, OU LE POSITIONNEMENT DANS LE JEU MARCHAND

Dans son second ouvrage sur la critique de la raison juridique A.J Arnaud, introduit les éléments de la nouvelle raison émergente dans l'espace globalisé et la fonde essentiellement sur le jeu du marché¹⁰⁸⁵. L'auteur spécifie que, pour les juristes, le marché constitue « l'ensemble de contrats, de conventions et de transactions relatives à des biens ou à des opérations données »¹⁰⁸⁶. Ainsi, « le droit opère le passage d'un lieu à une activité qui se livre au jeu de la concurrence et s'opère sur des biens et des marchandises susceptibles de faire l'objet du commerce »¹⁰⁸⁷. En ce sens, le marché est considéré comme une abstraction par le juriste, c'est un ordre qui se fait d'une manière autonome et spontanée. Le droit n'ordonne pas le marché et il est encore moins apte à le créer, il le confirme et l'organise puis continue de s'y adapter. Non seulement, le marché précède au droit, il continue après l'introduction de ce dernier dans son champ à s'autoréguler et à imposer les normes qui le gouvernent. Ainsi, le marché donne aussi sa forme au droit qui le gouverne. Dès lors, « accepter de se plier à cette discipline et de se guider ainsi sur des règles abstraites de conduite individuelle présente [...] d'incalculables avantages. Il devient possible à chacun en effet, d'adapter ses activités à des événements dont on ne saurait avoir connaissance directement. Cela se fait par de l'information, des signaux impersonnels engendrés par le processus du marché qui se présente, ainsi, comme un jeu créateur de richesse »¹⁰⁸⁸.

Cette métaphore du jeu introduit un facteur important quant à la perception des intervenants au marché. En tant que joueurs, la chance et le hasard ont un rôle important dans le développement de leurs activités. Pour autant, le marché reste un espace où tout le monde est capable de se créer une place puisque « la discipline du marché [...] donne à tous les individus les moyens de se créer des richesses »¹⁰⁸⁹. Ainsi, en introduisant le concept de richesse, le marché obéit à des valeurs spécifiques et à un ordre des priorités bien spécial où ce qui serait considéré comme un antagonisme dans un autre champ, trouve absolument sa

¹⁰⁸⁵ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T2, op.cit.*, p. 122.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 124.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 127.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

place. Le marché peut donc être considéré comme le producteur d'un nouveau sens, de valeurs nouvelles qui n'obéissent à aucun des principes régnant sur les raisons dépassées.

Dans ce contexte de référents spéciaux, il ne semble pas invraisemblable que le droit de finances islamique puisse constituer un ensemble de normes qui, non seulement s'internationalisent, mais le fait aussi avec une facilité inouïe et contribue positivement à la dynamique de la globalisation du marché économique. Clairement, dès lors que nous sommes sur le terrain des échanges financiers, une autre logique règne de façon à éliminer les conflits usuels et ne se concentre que sur les possibilités du profit.

Le droit des finances islamiques constitue, en effet, l'innovation radicale par excellence en ce qu'une institution classique du système juridique puisse se renouveler afin de devenir un facteur déterminant dans la dynamique de la raison concurrente, ce qui permet de faire survivre sa propre raison. Le concept de finances islamiques, issu de l'organisation juridique classique de l'économie islamique est devenu aujourd'hui une partie intégrante de la dynamique des échanges internationaux et de laquelle dépendent plusieurs intérêts¹⁰⁹⁰. Cela a été un moyen de normaliser la raison juridique islamique et de la faire sortir de son état d'isolation. Par ailleurs, cela a permis de faire évoluer la raison elle-même puisqu'il a fallu adapter les concepts classiques aux besoins du marché économique contemporain et aux standards juridiques posés par le droit international des finances¹⁰⁹¹. Ainsi, le droit des finances islamiques ne permet pas seulement de se positionner au niveau du marché mais aussi de renouveler les concepts à l'intérieur même du système afin de s'aligner à des principes de régulation économique nouveaux que le système finit par endosser. Il s'agit là d'un modèle d'une interaction impactant à la fois le système concurrent et concurrencé et finit

¹⁰⁹⁰ «La finance islamique connaît ainsi un développement remarquable depuis plus de 30 ans, les chocs pétroliers ayant été des accélérateurs efficaces en raison de la nécessité, pour les pays pétroliers, de placer les excédents qui en ont résulté. Elle est née, symboliquement, en 1975 avec l'avènement de la première banque islamique commerciale à Dubaï. En l'occurrence, la Banque islamique de développement, inspirée par l'Organisation de la conférence islamique, promeut cette industrie très implantée dans les pays du golfe Persique [...]. La finance islamique se veut désormais une concurrente de la « finance conventionnelle ». Ainsi, on estime que le taux de croissance annuel de l'activité bancaire islamique se situe entre 10 % et 30 % en fonction de classes d'actifs, dont la plus dynamique est celle des *sukuk*, les obligations islamiques. Elle est donc devenue un ensemble de classes d'actifs à part entière. [...] On compte plus de trois cents institutions financières islamiques de par le monde. Selon l'agence Moody's, le marché global de la finance islamique représente aujourd'hui de 750 à 1 000 milliards de dollars. Il pourrait atteindre 2 800 milliards d'ici 2015. [...] Si elle se rencontre essentiellement au Proche-Orient et en Malaisie, la finance islamique s'exporte désormais aux États-Unis et en Europe ». François Guéranger, *Finance islamique : Une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, 2009, pp. 2-3.

¹⁰⁹¹ Paul Sebastianutti, « What is this thing called international financial law », *Law and Financial Markets Review*, Janvier 2009, pp. 64-71.

par donner naissance à une cohérence au sein des deux qui garantie les termes d'une interaction pacifique.

Afin d'assurer la compréhension de ce mode d'innovation, nous proposons de présenter le concept de droit des finances islamiques (Paragraphe 1) avant d'observer son apport à la dynamique de la globalisation économique et plus spécifiquement au droit financier international (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : Eléments de base du droit des finances islamiques

Il faut préciser que cette partie ne se veut pas porteuse d'une analyse approfondie des techniques du droit des finances islamiques, puisque le sujet mériterait à lui seul une étude à part. Il s'agit plutôt d'une présentation générale qui sert à marquer les différences avec la perspective occidentale du droit des affaires et des finances et de démontrer l'étendue de la dynamique d'interaction entre les deux et la capacité d'observer une rencontre pacifique malgré la distance séparant les deux en termes de logique et de mécanismes, dès lors qu'il existe un intérêt commun. Ou encore, un champ d'action où peuvent évoluer tous les points de vue du moment qu'ils ont en commun l'idée du profit. Ainsi, il faudrait s'intéresser aux principes à la base du droit des finances islamiques (A) avant de présenter les règles générales qui le commandent (B).

A. Les principes à la base du droit des finances islamiques

Du fait de sa nature qui se penche à la fois sur la morale mais aussi sur le bénéfice, la finance islamique est considérée « comme un cas d'espèce important de finance éthique dont elle peut représenter un exemple de synthèse avec la finance traditionnelle »¹⁰⁹². A mi-chemin entre deux mouvements qui tendent aujourd'hui à converger, il est important de déceler les principes à la base du droit de finances islamiques et qui font, en effet, sa spécificité par rapport à la finance traditionnelle ou conventionnelle. Il faut savoir que ces derniers sont tirés des préceptes généraux de l'économie islamique. Il s'agit essentiellement de l'idée de justice et de l'imposition de la licéité des activités économiques.

La question de la justice est centrale en droit musulman en général. Nous avons clarifié auparavant comment la conception théologique et versatile du juste se transformait en un ensemble ontologique et en une construction normative. Juridiquement, ce qui est juste équivaut donc à tout ce qui se fait en conformité avec les fondements épistémologiques de

¹⁰⁹² François Guéranger, *Finance islamique*, op.cit., p. 22.

l'islam. Il s'agit donc d'une conception téléologique, voire même utilitariste de la justice de façon à ce que n'importe quel acte ait pour but de sécuriser la satisfaction de l'ordre théologique. Il n'est donc pas surprenant que la conception islamique de l'économie n'échappe pas à cette logique.

En effet, tout découle d'abord de l'idée que la propriété de toute chose revient initialement au divin, et qu'elle n'est dans les mains de l'homme que sous la forme d'un trust qu'il lui revient de gérer et d'administrer. Cette idée très simple a pourtant des conséquences qui ont pu donner forme à tout un système économique. Comme le sens de la justice dans l'application du droit répondait aux notions d'ordre et de restauration. La justice dans les rapports économiques se rapporte à une idée de l'équité et de l'équivalence¹⁰⁹³.

Ainsi, la première conséquence est l'obligation d'avoir des échanges équitables. Le principe du partage des profits et des pertes découle directement de cette obligation. Ce principe se résume à l'idée que les parties à l'activité bancaire partagent autant les profits de l'investissement que les risques qu'il pose. Ils sont tous deux impliqués au même degré dans la réussite du projet. Il est dit que cette obligation rend les banques islamiques beaucoup plus concernées par la pertinence du projet et par les compétences managerielles de l'entrepreneur¹⁰⁹⁴. Par ailleurs, ce principe ne permet pas de conclure des contrats qui seraient entièrement en faveur d'une partie ou d'une autre, évitant ainsi tout abus de pouvoir dans la relation contractuelle. Il ne s'agit pas ainsi d'avoir des rapports économiques abstraits mais plutôt des collaborations plus humaines, des partenariats¹⁰⁹⁵. « En référence à ce principe, la finance islamique est appelée également Finance Participative »¹⁰⁹⁶.

La seconde conséquence de la conception de la justice économique en tant qu'équité est l'idée selon laquelle le profit devrait résulter d'un réel effort de travail. A partir de cette obligation, c'est l'esprit d'entreprise qui est valorisé. En effet, « l'esprit d'entreprise est encouragé dans la mesure où l'entrepreneur sait que son enrichissement est obtenu grâce à Dieu qui lui permet de mettre en valeur la nature tout en la respectant. Le capital peut donc rapporter du profit pour peu qu'il participe au processus productif et qu'il soit exposé au

¹⁰⁹³ François Guéranger, *Finance islamique*, op.cit., p. 48.

¹⁰⁹⁴ Muhammad Said et Kaviyarasu Elangovanp, « Prosperity and social Justice consequences of applying ethical norms of Islamic finance: Literature review », *Journal of Economics and Sustainable Development*, Vol.5, N. 2, 2014, p.102.

¹⁰⁹⁵ Anas Elmelki, « Le Principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques Islamiques : Illustration modélisée des contrats de financement participatifs Moudaraba Et Moucharaka », *Global Journal of Management and Business Research*, Vol. 11, N. 11, 2011, p.3.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

risque de la vie des affaires : une fois obtenu, il doit être remis dans le circuit économique, ce qui ne peut que favoriser le développement de la communauté »¹⁰⁹⁷. De ce principe découle l'idée selon laquelle on ne devrait pas enregistrer des profits à partir des profits. L'argent devrait toujours s'adosser à une valeur tangible et réelle et n'a pas de valeur en soi. Ainsi, ce mode opératoire permet de tisser un lien entre la sphère réelle et la sphère financière ce qui favorise une pratique économique plus stable¹⁰⁹⁸. En effet, cette conception est intimement liée à la valeur accordée à l'idée d'équité et d'équivalence. Les auteurs musulmans considèrent que si on venait à faire de la monnaie une mesure de sa propre valeur, toute destruction ou érosion de cette valeur viendrait à créer un déséquilibre. Le phénomène d'inflation est à lui seul capable de démontrer que la monnaie est inapte à servir en tant mesure de valeur honnête et juste¹⁰⁹⁹.

La troisième conséquence est le lien établi entre l'équité et la solidarité. Ainsi, le sens de la justice ne veut pas dire partager en une égalité parfaite la richesse ou la pauvreté mais plutôt l'accès égalitaire à l'opportunité. Pour atteindre cette égalité d'opportunités, le concept de finances islamiques contient un versant se concentrant sur l'idée de la justice sociale. Par exemple, l'institution de *zakat* qui est le troisième pilier de la foi en islam, est censée assurer la distribution de la richesse parmi les individus et empêche sa monopolisation dans les mains d'une seule personne. Elle confirme l'idée selon laquelle la propriété reviendrait initialement à Dieu et que les humains ne sont que ses dépositaires momentanés. Aussi, l'institution encourage l'investissement et permet d'assurer que les richesses soient toujours actives et fassent profiter toute la société¹¹⁰⁰. En effet, dans le cadre des institutions financières islamiques, le concept de *zakat* constitue une forme d'assurance aux investisseurs contre les risques. Ainsi, les fonds de *zakat* permettent non seulement d'ouvrir l'horizon des opportunités à des catégories diversifiées d'entrepreneurs, ils assurent aussi le dynamisme du cycle économique et préviennent les risques de stagnation¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁷ François Guéranger, *Finance islamique*, op.cit., p. 67.

¹⁰⁹⁸ Anas Elmelki, « Le Principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques Islamiques », op.cit., p. 4.

¹⁰⁹⁹ Muhammad Said et Kaviyarasu Elangkovanp, « Prosperity and social Justice consequences of applying ethical norms of Islamic finance », op.cit., p. 102.

¹¹⁰⁰ Ibrahim Adebayo et Kabir Hassan, « Ethical principles of Islamic financial institutions », *Journal of Economic Cooperation and Development*, Vol. 34, N. 1, 2013, p. 72.

¹¹⁰¹ Saïda Daly et Mohamed Frikha, « Islamic finance, a support to development and economic growth: the principle of Zakat as an Example », *Journal of Behavioural Economics, Finance, Entrepreneurship, Accounting and Transport*, Vol. 3, N. 1, 2015, p.7.

Dans ce sens, il est permis de dire qu'il existe une théorie de justice sociale spécifique derrière la création des institutions financières islamiques. Ces dernières, assurant la fonction d'intermédiaires entre les individus et se substituant à eux dans les opérations qu'ils ne peuvent assurer à titre personnel sont soumises aux mêmes principes que ces derniers. Elles permettent ainsi de mettre en œuvre une idée du juste et de l'éthique à une grande échelle¹¹⁰². C'est ainsi qu'il a été possible de dire que la création de telles institutions donnerait lieu à apporter une réponse aux besoins matériels tout en restant dans une marge efficace et ne dépassant pas les limites de l'emploi efficace des ressources. Ainsi, elles sont à même d'assurer le développement économique tout en préservant un état de stabilité¹¹⁰³.

L'autre principe à la base de la notion de finances islamiques est le principe de permissibilité ou de la licéité des activités entreprises. Il est donc interdit d'investir dans « l'alcool, le tabac, l'armement, la prostitution, le porc, les casinos, les jeux d'argents et toute entreprise dont le levier financier taux d'endettement serait considéré comme excessif »¹¹⁰⁴. Evidemment, la qualification de licéité ou d'illicéité se trouve exclusivement dans le droit musulman de façon à ce que « l'activité d'une banque de financement et d'investissement, la finance de marché plus spécialement telle qu'elle apparaît dans la finance conventionnelle, pose des problèmes sérieux de licéité au regard du droit islamique des affaires et nécessite, si l'on veut atteindre les objectifs qu'elle poursuit, une ingénierie toute spécifique »¹¹⁰⁵. Ainsi, il est considéré que le principe de licéité des entreprises financières est contrebalancé par le principe d'équité dans les échanges qui assure l'équilibre de ces derniers.

A partir de ces considérations, on peut conclure que la spécificité des finances islamiques se trouve dans l'attachement aux principes et aux valeurs éthiques puisées dans le discours axiologique de l'islam. En ce sens, la notion s'inscrit dans un mouvement nouveau de finance éthique et participative et cherche à y trouver sa place.

B. Les règles fondamentales du droit des finances islamiques

Deux principes cardinaux du droit musulman en général et par extension du droit des finances islamiques est l'interdiction stricte du *riba* (1) et du *gharar* (2). Nous allons nous

¹¹⁰² Sayd Farook, « On corporate social responsibility of Islamic financial institutions », *Islamic Economic Studies*, Vol. 15, N. 1, 2007, p. 36.

¹¹⁰³ Muhammad Said et Kaviyarasu Elangkovanp, « Prosperity and social Justice consequences of applying ethical norms of Islamic finance », *op.cit.*, pp. 103-105.

¹¹⁰⁴ Anas Elmelki, « Le Principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques Islamiques : Illustration modélisée des contrats de financement participatifs Moudaraba Et Moucharaka », *op.cit.*, p.3.

¹¹⁰⁵ François Guéranger, *Finance islamique*, *op.cit.*, p. 69.

attarder sur les deux phénomènes puisqu'ils marquent eux aussi une rupture avec la conception conventionnelle des finances et de l'économie en général.

1. L'interdiction du Riba

L'interdiction du *riba* est probablement la règle la plus connue de la finance islamique et de l'économie islamique en général. Communément, le *riba* a été qualifié par les jurisconsultes musulmans comme étant l'équivalent de l'intérêt. C'est ainsi qu'il est généralement considéré que « aucun contrat conclu entre agents économiques ne doit faire apparaître directement ou indirectement d'intérêt versé ou perçu par l'un ou l'autre des cocontractants »¹¹⁰⁶. Plus spécifiquement, un lien quasi-exclusif a été établi entre le *riba* et les opérations de crédits pour dire que l'intérêt est fermement proscrit dans ces dites opérations.

Cette interdiction se base sur la conception d'un échange économique licite. En effet, en matière de transactions, il est considéré qu'aucune des parties à l'échange ne doit recevoir un profit qui n'a pas de contrepartie réelle¹¹⁰⁷. Dans ce sens, l'échange de la monnaie est licite du moment que la somme perçue équivaut à la somme sacrifiée puisque la valeur réside en la somme elle-même. Ainsi, une opération de crédit qui prévoit un intérêt est illicite puisque la somme additionnelle perçue ne peut être justifiée ni par le travail ni par la charité ni par le simple échange¹¹⁰⁸, seules conditions acceptables d'enrichissement. Pour résumer, le remboursement du crédit est séparé de la valeur que ce dernier a permis de produire et l'imposition d'intérêt sur cette valeur devient donc interdit¹¹⁰⁹. Dans ce sens, le *riba* islamique équivaut à l'intérêt qui équivaut à l'usure. Cette critique de l'intérêt trouve sa justification, selon les théoriciens musulmans, dans l'exemple des crédits de consommation qui ne produisent aucune valeur et qui représentent donc un enrichissement injustifié qui nuirait aux bases mêmes de la société solidaire et fraternelle visée par les principes islamiques¹¹¹⁰. Cette distribution inéquitable des richesses pourrait être remplacée par des institutions charitables telle que la *zakat*.

¹¹⁰⁶ François Guéranger, *Finance islamique, op.cit.*, pp. 68-69.

¹¹⁰⁷ Paul Mills et John Presley, *Islamic finance: Theory and practice*, New York, Palgrave Macmillan, 1999, p.9.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 10-11.

Cette conception a été pourtant critiquée et manque, selon plusieurs, de pertinence tant théorique, et nous allons le voir, que pratique¹¹¹¹.

Les détracteurs de cette théorie considèrent en effet que le *riba* est un concept générique qui constitue un facteur conduisant à un certain équilibre transactionnel par le biais de l'équité de l'échange et du consentement mutuel¹¹¹². Plus encore, ils affirment que le parallèle entre *riba* et intérêt ne peut être soutenu et peut lui même mener à des situations inévitables même dans le cadre des crédits de consommation. Ainsi, on pense que les opérations de crédit participent à la création d'une économie solide par le biais des provisions et par le financement des entreprises économiques. Plus encore, il existerait des risques liés aux crédits tels que le non paiement, l'inflation, la dévaluation de la monnaie, l'absence de liquidité qu'il serait injuste de ne pas compenser même pour cause de simple consommation¹¹¹³. Dans ce sens, l'interdiction stricte de l'intérêt reviendrait à contredire le principe cardinal d'équité des échanges économiques. Ainsi, selon ce point de vue, le *riba* serait défini comme tout gain illicite ou illégitime.

Cette position s'adosse sur plusieurs arguments provenant d'une nouvelle interprétation du texte coranique. La première observation serait que le texte ne définit absolument pas ce qu'est le *riba* mais se limite à déclarer que c'est une pratique proscrite et à condamner toute les parties à un tel acte. Ainsi, les règles posées par les jurisconsultes musulmans et limitant le *riba* au cadre de l'intérêt seraient de simples déductions pouvant être contrecarrées¹¹¹⁴.

Ainsi, la nouvelle interprétation se base sur les termes du verset référentiel du *riba* qui dispose que « il en sera ainsi, parce qu'ils disent : “ la vente est semblable à l'usure ”. Mais Dieu a permis la vente et il a interdit l'usure »¹¹¹⁵. Maha Balala expose dans ce cadre une interprétation selon laquelle la vente n'aurait pas pour sens le cadre stricte de l'échange monnayé de biens mais plutôt tout acte de commerce alors que le *riba*, ayant littéralement pour sens l'augmentation et la multiplication ne serait pas restreint au cadre stricte de l'intérêt dans le crédit mais plutôt généralisé à tout opération usurière et ce quel qu'en soit le

¹¹¹¹ Voir Mahmoud El Gamal, « "Interest" and the paradox of contemporary Islamic law and finance », *Fordham International Law Journal*, Vol. 27, N. 1, 2003. Aussi, Maha-Hanaan Balala, *Islamic finance and law: Theory and Practice in a Globalized World*, New York , I.B. Tauris, 2011, p. 63.

¹¹¹² Maha-Hanaan Balala, *Islamic finance and law, op.cit.*, p.62.

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 64.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 66.

¹¹¹⁵ *Coran*, Sourate 2 : 275, *op.cit.*, p 59.

contexte¹¹¹⁶. Cette interprétation est affirmée par le sens généraliste du *riba* utilisé dans autres versets tel que celui qui dispose que « le *riba* que vous versez pour accroître les bien d'autrui, ne les accroît pas auprès de Dieu ; mais ce que vous donnerez en aumônes en désirant la face de Dieu, voilà ce qui doublera vos biens »¹¹¹⁷. A juste titre, il est permis de se poser des questions sur le sens de ce verset. Puisque, si le coran interdisait la perception de gains et l'augmentation des biens, pourquoi opposera-t-il les implications identiques du *riba* et de la charité en préférant la deuxième. Ainsi, ce ne serait pas l'augmentation de richesse en tant que telle qui est proscrite mais plutôt la multiplication de cette dernière à partir de moyens illégaux.

Clairement, cette interprétation serait plus logique au vu de la pratique des institutions financières islamiques aujourd'hui qui évitent d'utiliser le jargon du *riba* en tant qu'intérêt et opèrent par le biais de fictions sémantiques¹¹¹⁸. Ceci a permis de relever une certaine ironie dans la pratique de ces institutions de façon à ce que la seule différence entre les produits financiers islamiques et ceux conventionnels devient des fois similaires à celle existant entre les bouteilles d'eau cachères et celles normales, une simple question de certification religieuse¹¹¹⁹.

Cette redéfinition de l'étendue du concept de *riba* semble donc nécessaire et collerait mieux aux objectifs éthiques de la notion de finances islamiques. Plus encore, elle démontre l'opportunité qu'offre la discipline pour la discussion des significations des principes classiques sous l'impulsion de la nécessité de s'implanter d'une manière légitime dans le contexte vécu¹¹²⁰.

2. L'interdiction du Gharar

L'interdiction du *gharar* (spéculation) est en effet liée au principe de la prudence. La traduction du principe est que « il n'est pas possible de tabler sur un profit lié exclusivement à la durée ou à des actions non encore effectuées. La raison religieuse est que le passage du temps n'appartient qu'à Dieu et que l'on ne peut ni demander au temps de travailler pour soi ni agir en supposant réalisées des actions futures. Cela peut aussi se nommer prudence ou

¹¹¹⁶ Maha-Hanaan Balala, *Islamic finance and law*, *op.cit.*, p. 66.

¹¹¹⁷ *Coran*, Sourate 30 : 39, *op.cit.*, p537.

¹¹¹⁸ Mahmoud El-Gamal, « "Interest" and the paradox of contemporary Islamic law and finance », *op.cit.*, p. 124.

¹¹¹⁹ « A more realistic approach would be to conclude that Islamic transactional products differ from their conventional counterparts in the same manner that kosher water bottles differ from most other bottled water-certification by certain religious figures ». *Ibid.*, p. 128.

¹¹²⁰ Voir Younes Soualhi, « Bridging Islamic juristic differences in contemporary Islamic finance », *Arab Law Quarterly*, Vol. 26, 2012.

encore refus de ce que l'on appelle couramment spéculation. La prudence n'interdit pas de courir un risque mais celui-ci doit être lié à l'activité humaine et non à l'effet du temps »¹¹²¹. Ainsi, il est obligatoire dans les termes de finances islamiques que l'opération soit maîtrisable.

Clairement, l'interdiction du *gharar* ne provient pas de la source textuelle divine mais revêt quand bien même une importance aussi capitale que celle du *riba*¹¹²². Ce qui est manifestement interdit dans le coran, c'est la pratique des jeux de hasard dont le sort à été étendu aux contrats spéculatifs¹¹²³. Cette extension a donc eu des implications sur le régime juridique des ventes de *gharar*. En effet, il en ressort que les ventes de *gharar* sont complètement prosrites et que l'interdiction est étendue à toute opération pouvant être qualifiée de la sorte. De ce fait, les ventes de *gharar* sont nulles et non avenues¹¹²⁴.

Pour autant, et comme spécifié plus haut, il ne s'agit pas d'interdire toutes les opérations qui recèlent une part de spéculation. Il existe, en effet, des conditions qui mènent à qualifier une opération comme telle. Ces conditions sont ramenées au nombre de quatre. D'abord, la marge d'incertitude frappant la transaction doit être excessive. Ensuite, l'opération frappée par l'incertitude devrait consister en un contrat financier commutatif. Puis, l'incertitude devrait toucher un élément essentiel et déterminant du contrat tel que le prix ou l'objet. Enfin, si l'opération commutative contenant une marge excessive de spéculation répond à un besoin qui ne peut être rempli autrement, le *gharar* est admis¹¹²⁵.

Encore une fois, il semblerait que l'interdiction du *gharar* dérive de l'observation de son atteinte à l'équité contractuelle. Le risque étant inexorablement imputable à une seule partie de l'opération commutative plus que l'autre. Pour autant, cette interdiction n'est pas fatale et ne va pas contre le sens du monde des affaires qui contient nécessairement une marge de risque. En effet, la distinction entre le *gharar* majeur prohibé et le *gharar* mineur admis permet de dépasser la fatalité de l'interdiction de toute opération contenant une marge d'incertitude. Ainsi, on peut dire que le propre du concept de spéculation étant l'insaisissabilité, du moment que ce dernier puisse être évident, il devient donc maîtrisable.

¹¹²¹ François Guéranger, *Finance islamique*, op.cit., p. 72.

¹¹²² Maha-Hanaan Balala, *Islamic finance and law*, op.cit., p. 35.

¹¹²³ « In this regard, the late Professor Mustafa Al-Zarqa defined the forbidden *bay al-gharar* as “the sale of probable items whose existence or characteristics are not certain, the risky nature of which makes the transaction akin to gambling.” ». Mahmoud El-Gamal, *Islamic Finance : Law, Economics, and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 58.

¹¹²⁴ Maha-Hanaan Balala, *Islamic finance and law*, op.cit., p. 36.

¹¹²⁵ Mahmoud El-Gamal, *Islamic Finance : Law, Economics, and Practice*, op.cit., pp. 58-59.

Dès lors, on peut dire que tout *gharar* identifiable par des preuves de son existence serait mineur, alors que tout *gharar* conceptuel est prohibé¹¹²⁶.

En tout état de cause, les principes et les règles à la base du concept de finances islamiques démontrent un certain distancement des notions de la finance et de l'économie conventionnelle en général. Il s'agirait de revêtir des transactions à caractère purement matériel d'un versant éthique et théologique et de placer ces transactions dans le contexte général de la construction d'une certaine vision sociale basée sur un esprit de la justice et de l'équité. Paradigme central à la base du concept de finances islamiques, la justice telle que conceptualisée ne trouve pourtant pas toujours d'échos en pratique. Certains confirmant même que le concept de finances islamiques, conçu au départ comme la base d'un système islamique économique indépendant, se trouve aujourd'hui pris dans la toile du même système qu'il aurait voulu remplacer au départ¹¹²⁷. Ceci permet de se poser des questions sur l'apport du droit des finances islamiques à la dynamique de la globalisation économique.

PARAGRAPHE 2 : L'apport du droit des finances islamiques à la dynamique de la globalisation économique

L'ascension du modèle des finances islamiques en connaissant l'un des taux de développement les plus rapides¹¹²⁸ a permis à certains d'avancer qu'il s'agissait d'un modèle économique alternatif aux vécu économique conventionnel, peut être même meilleur (A). Pour autant, cette affirmation ne fait pas l'objet d'un accord unanime et laisse place à une vision centrée sur les défis auxquels fait face le concept (B).

A. La perspective d'un modèle alternatif

Parler d'un modèle alternatif au modèle financier conventionnel et même au modèle économique en général suppose qu'il existe une indépendance au niveau de l'esprit, des mécanismes et des techniques de la proposition nouvelle. Au niveau du concept de finances islamiques, cette ambition existe et tente de se réaliser pleinement.

Au niveau de l'esprit, le modèle de finances islamiques tente de se distinguer en tant qu'exemple de finance éthique. Cette qualification conduit à conclure que le modèle se positionne en face d'un modèle en perte de valeurs. C'est clairement de cette construction que

¹¹²⁶ Maha-Hanaan Balala, *Islamic finance and law*, *op.cit.*, p. 45.

¹¹²⁷ Mahmoud El-Gamal, « "Interest" and the paradox of contemporary Islamic law and finance », *op.cit.*, p. 123.

¹¹²⁸ Zeti Akhtar Aziz, « Enhancing Interlinkages and Opportunities: The Role of Islamic Finance », *NBR Analysis*, Vol. 18, N. 4, 2008, p. 7.

le concept tire essentiellement sa légitimité. Dans ce sens, on a pu parler du capitalisme islamique qui se dressait contre le capitalisme occidental¹¹²⁹. Ainsi, le capitalisme islamique aurait pour but de pallier aux problématiques posées par le capitalisme occidental et de poser les jalons d'une réforme sociale¹¹³⁰. Il ne s'agit donc plus d'une plateforme pour saisir des opportunités individuelles, mais plutôt d'un projet de réforme sociale visant un idéal de justice et d'équité. Il est considéré que le capitalisme islamique éthique est à même de répondre à ce projet ambitieux par l'incorporation de mécanismes axés sur la charité au sein des institutions financières¹¹³¹. Ce faisant, les finances islamiques semblent avoir l'ambiance de joindre le meilleur des deux mondes en gardant la notion « occidentale » du profit tout en restant fidèles aux préceptes moraux et juridiques islamiques¹¹³².

Pour ce faire, les finances islamiques doivent se doter de techniques propres qui leur permettent non seulement de s'auto-légitimer par rapport au discours qu'ils tiennent mais aussi de pouvoir s'imposer en tant qu'une réelle opportunité alternative. C'est dans ce sens que se placent les fameuses techniques des *sukuk* et de la *murabaha* qui représentent aujourd'hui les techniques financières les plus en vogue dès lors que l'on se place sur le terrain des finances islamiques.

Les *sukuk* sont de loin le produit financier le plus populaire dans le cadre du financement islamique. Les obligations conventionnelles étant interdites dans ce cadre puisqu'elles constituent une plateforme pour l'émission et la réception d'intérêts, ce qui équivaut à la pratique prohibée du *riba*, c'est les *sukuk* qui se substituent aux techniques traditionnelles puisque le profit en vue de réalisation compense l'intérêt¹¹³³.

Les *sukuk* se définissent d'abord comme étant une catégorie de capitaux conforme à la charia dans le sens qu'elles reçoivent l'autorisation des conseils de charia existant au sein des institutions financières. Pour ce faire, elles doivent représenter l'équivalent d'une valeur réelle. Ainsi, les bons de *sukuk* sont généralement l'équivalent en valeur de terrains ou de

¹¹²⁹ Dina Elshurafa, « Islamic capitalism: An imminent reality or a hopeful possibility for Islamic finance? », *Arab Law Quarterly*, Vol. 26, 2012, p. 346.

¹¹³⁰ Dina Elshurafa, « Islamic capitalism: An imminent reality or a hopeful possibility for Islamic finance? », *op.cit.*, p. 346.

¹¹³¹ « Islamic capitalism can dispose of such cost by encouraging persons to contribute individually to the elevation of poverty and income inequality and therefore tempers the pursuit of self-interest by making economic agents care for the interests of others ». *Ibid.*

¹¹³² « Islamic capitalism seems to provide the appropriate platform by incorporating the best of Western legal codes without having to compromise on Islamic principles ». *Ibid.*, p. 347.

¹¹³³ Rodney Wilson, « Islamic capital markets : The role of *sukuk* », in Conrad Gardner (dir.), *Islamic finance: Instruments and markets*, Londres, Bloomsbury, 2010, p. 58.

projets immobiliers ou d'infrastructure¹¹³⁴. Les *sukuk* s'internationalisent aujourd'hui et trouvent dans les marchés islamiques mais aussi occidentales des opportunités de développement ce qui a même conduit certains à parler de globalisation des *sukuk*¹¹³⁵. En 2002, l'émission de la Malaisie des premiers *Sukuk* ou obligations islamiques souveraines a non seulement incité plusieurs gouvernements à faire de même mais a aussi participé à la propagation du phénomène¹¹³⁶.

Par ailleurs, la technique de *murabaha* est très répandue et répond aux besoins à court terme tant de la banque que de ses clients¹¹³⁷. La *murabaha* consiste en effet à acheter un bien au nom du client puis à le lui revendre majoré par la valeur du profit devant être réalisé par l'institution financière. Etant en concurrence avec les institutions financières à base d'intérêts, les institutions financières islamiques peuvent au titre de la *murabaha* gagner sur la base de leurs investissements de quoi donner aux détenteurs de leurs compte d'investissements une raison d'équilibrer avec les taux d'intérêts existants.

Cette méthode permet aussi aux clients de gagner, puisque la banque, plus apte à négocier¹¹³⁸, pourra obtenir le meilleur prix possible. Plus encore, plus le nombre d'acheteurs augmente plus la marge du profit des clients augmente¹¹³⁹.

Au delà des techniques financières propres, le concept de finances islamiques en tant que phénomène global se caractérise par l'apparition de ses propres mécanismes de régulation et l'émergence d'une architecture institutionnelle de la finance islamique¹¹⁴⁰. Ainsi, plusieurs institutions ont vu le jour afin de faciliter la normalisation des règles islamiques en matière de finances et contribuer à l'harmonisation de la réglementation en ce domaine. Ces institutions travaillent par ailleurs sur la déduction des règles financières conformes à la charia et à leur mise à jour. Elles contribuent ainsi au renouvellement d'une structure juridique pourtant réputée d'être figée. C'est d'abord la banque islamique de développement qui « un rôle clé dans l'élaboration de normes et de procédures internationalement acceptables et le renforcement de l'architecture du secteur dans divers pays »¹¹⁴¹. Il existe aussi plusieurs

¹¹³⁴ *Ibid.*

¹¹³⁵ *Ibid.*, p. 59.

¹¹³⁶ Zeti Akhtar Aziz, « Enhancing interlinkages and opportunities : The Role of Islamic Finance », *op.cit.*, p. 8.

¹¹³⁷ Delwin A. Roy, « Islamic banking », *Middle Eastern Studies*, Vol. 27, n° 3, 1991, p. 431.

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 334.

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ Zeti Akhtar Aziz, « Enhancing interlinkages and opportunities : The Role of Islamic Finance », *op.cit.*, p. 8.

¹¹⁴¹ Mohammed El-Qorchi, « La finance islamique est en marche », *Finances et développement*, Décembre 2005, p. 48.

organisations internationales créées par les Etats les plus concernés par l'émergence d'une dynamique positive et harmonieuse des finances islamiques. Il s'agit notamment de l'Organisation des comptables et vérificateurs des institutions financières islamiques (AAOIFI) et du Conseil des services financiers islamiques (IFSB).

Créé en 2002, l'IFSB participe à la formulation des normes et des procédures internationales en matière de finances islamiques. Il s'est chargé par ailleurs de la formulation de standards de transparence et de bonne gouvernance correspondant aux préceptes islamiques afin d'assurer la meilleure pratique possible sur les marchés financiers¹¹⁴². Aujourd'hui l'IFSB peut compter 137 membres dont la Banque Mondiale et le Fond Monétaire International (FMI). L'IFSB vient ainsi compléter les normes comptables islamiques posées par l'AAOIFI en adéquation avec les normes internationales d'information financière¹¹⁴³.

Pour autant, ce positionnement vers le sens d'une approbation totale des finances islamiques et de leurs qualités ne veut pas dire que le concept soit dispensé de critiques mais bien au contraire.

B. Le mythe du renouveau rattrapé par la réalité

Le concept des finances islamiques est largement critiqué sur la base de deux axes essentiellement. Le premier consiste à dire qu'il s'agit tout simplement d'une fiction juridique tant qu'il n'a d'islamique que le nom. Et le second déplore l'incapacité du concept à s'imposer réellement en tant qu'une réalité concrète. Evidemment, les deux critiques sont intrinsèquement liées et donnent toutes les deux lieu à douter de la pertinence du phénomène.

Ainsi, la première qualité clamée par le concept de finances islamiques est le caractère éthique de ses transactions et l'idéal social qu'il tend à instaurer. Cependant, certains se sont posés la question de savoir ce qui permettrait de présumer que les finances islamiques étaient intrinsèquement éthiques. En effet, dire que ce mode de financement est éthique parce qu'il est islamique pose pour certains le problème du simplisme¹¹⁴⁴. Ainsi, considérer que le concept de finances islamiques est éthique *per se* parce qu'il se base sur l'application du *fiqh* serait un non sens. Le *fiqh* étant un ensemble de déductions logiques essayant de construire un

¹¹⁴² Zeti Akhtar Aziz, « Enhancing interlinkages and opportunities : The Role of Islamic Finance », *op.cit.*, p. 8

¹¹⁴³ Mohammed El-Qorchi, « La finance islamique est en marche », *op.cit.*, p. 48.

¹¹⁴⁴ Valentino Cattelan, « Islamic finance and ethical investments: some points of reconsideration », in Fahem Khan et Mario Porzio (dir.), *Islamic banking in the European Union: A challenge*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 76.

ensemble normatif à partir de la *charia*, le premier n'hérite pas de la seconde son côté moral automatiquement, il n'en est que la compréhension et l'interprétation¹¹⁴⁵. Ainsi, le caractère éthique ne devrait pas être conclu de l'application du *fiqh* qui ne renseigne en rien sur la moralité de la pratique mais plutôt de facteurs objectifs découlant de la destination et de l'usage des fonds. A défaut, le concept ne serait que propagande et labellisation¹¹⁴⁶.

D'ailleurs, la labellisation figure comme l'une des plus grandes critiques adressées au système de finances islamiques. Ainsi, « le développement de la banque islamique sous couvert d'une politique d'islamisation conduit en fait à donner une apparence acceptable au système économique occidental, en particulier pour la classe moyenne qui demeure attachée à ses valeurs religieuses, en créant un label « islamique » à côté de la « banque dans son acception moderne »¹¹⁴⁷.

Ce reproche visant à dire que le concept de finances islamiques se baserait sur un agrégat de fictions juridiques (*hiyal*) prend généralement l'exemple de la pratique de *murabaha* qui ne serait, en effet, qu'« un contournement de la *charia* car il s'agirait d'un crédit déguisé : montant et échéance sont fixés à l'avance et la marge est certaine au défaut de paiement près »¹¹⁴⁸. El-Gamal note à cet effet, que les banques islamiques évitent souvent la pratique du partage des risques et des profits, pourtant principe cardinal des finances islamiques, en ayant recours à la pratique de la vente majorée par le profit (*murabaha*) ou à la pratique de location/vente (*ijara*). Ces pratiques ne s'éloignent pas vraiment des modes de financement conventionnels¹¹⁴⁹. Par ailleurs, la même critique serait adressée à la pratique des bons de trésors islamiques ou les *sukuk*. Devant leur raison d'être au fait de bannir la pratique d'intérêt, les *sukuk* semblent pourtant mettre en œuvre tous les procédés y afférant. Ainsi, El-Gamal présente l'exemple des *sukuk* souverains émis par les Etats islamiques et considère qu'il serait problématique de dire que ces obligations ne génèrent pas d'intérêts au vu des garanties émises par les Etats¹¹⁵⁰. Le fait que ces pratiques soient considérées comme islamiques serait donc simplement dû au fait qu'elles aient reçu la validation des conseils islamiques existant au sein des institutions financière islamiques et qui, par le biais des

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 82.

¹¹⁴⁶ Valentino Cattelan, « Islamic finance and ethical investments: some points of reconsideration », *op.cit.*, p. 76.

¹¹⁴⁷ Michel Galloux, *Finance islamique et pouvoir politique*, Paris, PUF, 1997, p. 51.

¹¹⁴⁸ François Guéranger, *Finance islamique*, *op.cit.*, p. 222.

¹¹⁴⁹ Mahmoud El-Gamal, « "Interest" and the paradox of contemporary Islamic law and finance », *op.cit.*, p. 127.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 126.

méthodes déductives et interprétatives du *fiqh*, peuvent qualifier les produits financiers d'islamiques, et ce à la demande.

A part la difficulté de remplir sa propre promesse, le concept de finances islamiques fait face aux problématiques générées par la difficulté d'adapter le système juridique islamique aux exigences du droit international des finances. Ce dernier, basé sur une structure juridique complexe et peaufinée au fil du temps¹¹⁵¹ semble mettre à mal l'ensemble de normes génériques que représentent, à plusieurs égards, les finances islamiques.

En effet, malgré les tentatives des nouvelles institutions de régulation pour créer un ensemble de normes standardisées ainsi que des procédures cohérentes et harmonieuses, donnant lieu à la conclusion que le droit des finances islamiques est un droit en cours de création. Cette réalité démontre l'incapacité du droit islamique traditionnel à embrasser son ambition d'avoir une réponse à tout.

Cette ineffectivité se trouve d'abord au niveau des concepts, trop génériques, et qui font que « même si l'ensemble du contrat est rédigé de manière correcte, il demeure des difficultés d'interprétation dues au flou qui entoure un certain nombre de notions »¹¹⁵². C'est le cas par exemple des notions du licite et de l'illicite qui ne sont jamais déterminées objectivement mais font plutôt l'objet d'interprétations renvoyant au contexte religieux et à la compréhension qu'on en a. C'est aussi le cas pour des concepts clés dans le cadre des finances islamiques comme le travail, l'équité, le certain et l'incertain. Ces notions relèvent toutes d'une appréciation loin d'être objective ce qui peut nuire au principe même de justice à la base de toute cette théorie.

Cette question a conduit les observateurs à se poser des questions sur la pertinence même des finances islamiques. Ayant pour but d'organiser les rapports économiques et les modes de financement, non seulement selon les principes islamiques mais selon le droit qui les gère, le doute dans l'existence concrète d'un tel droit, du point de vue occidental, rend la théorie complètement inutile¹¹⁵³.

Cette difficulté s'est posée dans le cadre des procédures contentieuses ayant lieu à l'occasion de transactions basées sur du financement islamique. Ainsi, dans l'affaire *Petroleum Development (Trucial Coasts) Ltd. c. Le Sheikh d'Abu Dhabi*, l'arbitre a reconnu

¹¹⁵¹ Paul Sebastianutti, « What is this thing called international financial law », *op.cit.*, p. 64.

¹¹⁵² François Guéranger, *Finance islamique*, *op.cit.*, p. 223.

¹¹⁵³ Julio C. Colon, « Choice of Law and Islamic Finance », *Texas International Law Journal*, Vol. 46, N. 411, 2011, p. 413. Dans cet article l'auteur parle d'une forme de justice tout à fait discrétionnaire.

que le contrat exécuté à Abu Dhabi impliquait l'application du droit musulman mais a refusé de le faire en objectant qu'il était impossible d'y trouver un ensemble de règles capables de gérer les problèmes naissant de phénomènes modernes. A cet effet, l'arbitre s'est résolu à appliquer le droit anglais dans un litige ayant pour objet une question de finances islamiques¹¹⁵⁴. Récemment, la question a été posée de savoir si un contrat appliquant les règles de la charia était valide au Royaume Uni. Dans l'affaire connue de *Shamil Bank EC c. Beximco Pharmaceuticals Ltd et autres*, il s'agissait d'un contentieux autour d'un contrat de *murabaha* entre la Banque *Shamil* du Bahrein et la société *Beximco Pharmaceuticals*. La clause désignant la loi applicable au contrat stipulait que le contrat était régi par les règles de la glorieuse charia et aux lois du Royaume Uni¹¹⁵⁵. Dans ce sens la Cour saisie relevait que la référence à la « glorieuse charia » ne pouvait constituer un élément déterminant du contrat¹¹⁵⁶ et que même si l'intention des parties était d'être gouvernées par le droit islamique à l'occasion de ce contrat, il eut fallut déterminer quelles normes de la charia seraient applicables et dans quels cas de figure¹¹⁵⁷. Il a été ainsi déduit que la référence à la « glorieuse charia » avait pour but de déterminer les principes généraux gouvernant l'esprit du contrat mais non pas les normes juridiques s'y appliquant en cas de contentieux¹¹⁵⁸. Deux autres arguments de la Cour saisie finissent par condamner les possibilités de référence à la charia puisqu'elle explique que la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles exigeait que la loi applicable soit premièrement celle d'un Etat et deuxièmement qu'une seule loi pouvait être applicable à l'occasion d'un contrat¹¹⁵⁹.

Toutes ces critiques visent à établir que l'ascension fulgurante du concept de finances islamiques cacherait, en effet, plusieurs défauts substantiels. Ces critiques sont d'ailleurs pertinentes pour la plupart. Pertinentes, puisqu'elles relèvent des faits pouvant être réellement observés dans le cadre de ce phénomène mais aussi parce qu'elles nous permettent de prouver notre thèse de départ selon laquelle l'innovation radicale n'existait pas en tant que coupure totale avec la réalité mais plutôt comme une continuité, une appropriation, une affirmation.

¹¹⁵⁴ Julio C. Colon, « Choice of Law and Islamic Finance », *op.cit.*, p. 413.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 414.

¹¹⁵⁶ Jason C. T. Chuah, « Islamic principles governing international trade financing instruments: A study of the *murabaha* in English law », *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 27, N. 1, 2006, p. 151.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ « The parties intended to reflect the Islamic religious principles according to which the Bank holds itself out as doing business rather than a system of law intended to 'trump' the application of English law as the law to be applied in ascertaining the liability of the parties under the terms of the agreement ». *Ibid.*

¹¹⁵⁹ Julio C. Colon, « Choice of Law and Islamic Finance », *op.cit.*, p. 415.

A ce titre, il est possible d'affirmer que « la création d'un droit bancaire islamique est dictée par la volonté d'introduire dans le droit musulman les outils lui permettant de participer au modèle libéral de développement économique. La bannière islamique recouvrant davantage l'affirmation d'une identité religieuse réappropriée qu'une opposition fondamentale au modèle occidental que l'on pourrait soupçonner de prime abord »¹¹⁶⁰. Ainsi, il ne serait pas tant une question de rejeter l'exemple concurrent mais de l'adapter et d'y trouver un moyen afin de se présenter autrement que la perception générale et commune.

¹¹⁶⁰ Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse pour le Doctorat en Droit, sous la direction de Jacques Bouineau et Hassan Abd-El-Hamid, Université de la Rochelle, 9 décembre 2011, p. 67.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La réaction en innovation fait ressortir la véracité des propos tenus sur la capacité du système juridique à se reproduire et à se diversifier afin de protéger son noyau essentiel, sa substance, sa raison.

Tout au long de cette partie, la thèse défendue était que la raison juridique avait besoin de renouveler les structures de son environnement afin de pouvoir maintenir un équilibre qui permette à la fonction de contrôle social de perdurer mais aussi qui donne lieu à contrebalancer la présence nuisible de la raison concurrente. Nous sommes là, loin de l'allégation que le droit agit comme un simple sous-système social, car l'entreprise de l'innovation nécessite une marge importante d'indépendance et la prétention ambitieuse de remodeler le système social lui même.

Dans ce sens, nous avons confirmé le modèle d'A.J Arnaud concernant les réactions en innovation et nous avons trouvé dans la raison juridique islamique, ce que nous considérons être les preuves de la pertinence de ce modèle.

L'innovation est donc au cœur de la dynamique du mouvement qui donne à la raison juridique, sa raison d'être. Plus efficace que l'exemple du refus, elle permet d'observer le seuil du changement et de prédire les domaines qu'il sera capable de toucher par la suite. Elle présente aussi l'opportunité d'observer le caractère ludique de l'interaction entre les systèmes juridiques et l'étendue de ses effets. Le droit ne s'étudie plus comme un simple mécanisme de contrôle social et de gestion du chaos. Il est de par les schémas relationnels divers qu'il offre, l'occasion de révolutionner les rapports dépassant son champ d'action limité. Rien que de voir des articles occidentaux parlant de *sukuk*, de *murabaha*, de *ijara*, etc. et analysant ces concepts, non pas comme une singularité exotique mais comme des catégories ayant bel et bien une donnée posée et évidente démontre que la normalisation dépasse le juridique pour atteindre le sémantique, le sens. Ainsi, l'innovation du système juridique n'est pas seulement limitée au droit mais a un rapport au culturel, au défi même de survivance pendant que le changement continue de secouer les assises et pendant que le mouvement continue d'éroder les façades des structures pour faire apparaître des nouvelles.

Cette dimension, c'est celle de la raison juridique, volatile, transversale et toujours en quête de stabilité.

CONCLUSION GENERALE

« Un processus de rationalisation se présente ainsi : c'est actualiser une puissance, c'est devenir actif, c'est produire un rapport humain, c'est prolonger des singularité, c'est décider. Bref, c'est faire le mouvement. Toutes ces expressions sont-elles équivalentes ? tout philosophe invoquant le concret a toujours revendiqué de « faire le mouvement » plutôt que de penser l'abstraction de l'universel. L'universel n'a jamais couru ni nagé, mais fait le mouvement de la nage sur le sable sec, et ceux de la course place, parce qu'il ne s'occupe que des fins. Tout autre est l'acte de la raison singulière qui saute dans l'immanence de la vie, parce qu'elle se donne des mobiles »¹¹⁶¹.

Le parcours avait commencé avec l'abstraction du mouvement, parce qu'avant d'avoir un mobile, cette thèse avait une fin, celle de la compréhension. L'ambition était de s'élever de la simple description d'un phénomène à sa maîtrise. Plutôt que de faire des mouvements de nage sur le sable sec, il s'agissait de nager effectivement. Mais le désir de compréhension en tant que tel ne pouvait même pas offrir le début d'une explication. Le mouvement y était, toujours omniprésent. Le phénomène émulant les passions, de plus en plus compliqué. Il eut donc fallu changer de méthode, car tenter de comprendre en remettant sur table toutes les données revenait à opérer une simple description. Evidemment, cela n'avait aucun intérêt puisque les descriptions ne manquaient pas. Les vaines tentatives décourageaient certes, mais elles avaient pour vertu de préparer à l'étape prochaine, le mobile. Il fallait se donner les moyens de comprendre, saisir le mouvement dans sa dimension active et non pas comme une abstraction ou une suite d'événements, de positions. L'idée étant qu'il ne fallait pas envisager un sujet d'étude à partir des référentiels de l'autre, il parut évident d'envisager les deux composantes du phénomène, le droit international et le référent juridique islamique, comme une étoile double. Les étoiles doubles semblent toujours proches au premier regard mais leur réalité est souvent différente. Par contre, elles peuvent avoir un point gravitationnel commun. Ce point commun a été à un moment donné ce qu'on a appelé la raison du droit, son cœur, son mode de penser les rapports, son essence un brouillon d'idée qui a conduit à découvrir la

¹¹⁶¹ Gilles Deleuze, *Périclès et Verdi : La philosophie de François Châtelet*, Paris, Les éditions de minuit, 1996, p. 22.

raison juridique, théorie complète dont nous avons tenté d'appliquer la méthode tout au long de cette recherche.

Loin de vouloir se prétendre philosophe, nous sommes passé comme le prévoit l'assertion citée plus haut de l'abstraction du mouvement, du savoir que le mouvement existe, à faire le mouvement, à le saisir grâce à la raison juridique. En ce sens, elle se présente comme une tentative de rationalisation qui permet de déceler la construction du sujet d'étude et non pas de l'appréhender comme un facteur donné. Pour autant, comme toute tentative de rationalisation, la raison juridique pourrait être perçue comme universalisation, en ce sens qu'elle essaie de poser les jalons d'une théorie fixe. Ainsi, on pourrait dire qu'il y a une possibilité de retomber dans le cycle de description creuse du mouvement. Mais, si le risque d'universalisation est inhérent à toute rationalisation ce qui devrait être le cas de la raison juridique à plusieurs égards. On pourrait avancer à sa défense qu'elle se présente comme une théorie ouverte. Ouverte, puisque son objet même ne peut être conçu dans la fixité ni dans l'uniformité et qu'il échappe substantiellement à l'universalisation. Ainsi, la chance de la raison juridique, se trouve dans le fait qu'elle s'applique à un objet qui ne subi pas le mouvement mais le produit plutôt. Nous affirmons en effet que le système juridique, ainsi que le système social, ne sont pas des structures qui peuvent être soumis à une rationalité fixe, étant eux mêmes producteurs de rationalités et de sens. Ainsi, la raison juridique n'est pas unique, elle se diversifie, opère des glissements, des changements, elle est créée et elle disparaît. Aux termes de A.J Arnaud, elle n'est nullement donnée mais elle se découvre et elle se construit. La raison juridique est loin de tomber dans l'impolitesse¹¹⁶² de se présenter comme une raison unique.

C'est ainsi qu'en opposant la raison juridique islamique au droit international et à son ordre, nous avons persisté à dire que nous ne parlions pas d'un modèle uniforme de raison juridique islamique mais plutôt d'une idée qui se trouve applicable à ses différents degrés d'évolution selon le système étudié. Pour les besoins de recherche, nous avons été contraint de réduire le focal afin de ne pas s'éparpiller et d'éviter une vision floue des choses. Etant incapable de saisir le tout en sa clarté la plus intense, nous avons fait le choix de l'humilité face à la complexité des possibilités. Ceci étant, les saisir une à la fois serait une entreprise fort louable et intéressante afin d'observer les distances parcourues dans chaque ordre interne et les rapports dialectiques entretenus avec le système social en place. A la conclusion de cette

¹¹⁶² Gilles Deleuze, *Périclès et Verdi*, op.cit., p. 17.

recherche, nous nous permettons donc d'avancer qu'il existe des raisons juridiques islamiques et non pas une seule. Cela ne va certainement pas à l'encontre de nos propos puisque nous avons saisi le concept en tant que donnée générale sans pour autant procéder à des raccourcis méthodologiques, mais le préciser relève de l'honnêteté et de l'intégrité intellectuelle.

La raison juridique nous permet donc de décortiquer l'évolution des systèmes juridiques par le biais de l'étude de leurs réactions en interaction. C'est le versant que nous avons choisi d'aborder puisque le sujet le nécessitait et que l'angoisse du départ était d'expliquer le pourquoi des phénomènes recélant une grande part d'hostilité et de résistance. Mais ce n'est nullement l'unique possibilité offerte par le concept, il y a lieu de le redire. Nous avons relevé, grâce au concept de raison juridique, que cette évolution ne pouvait pas être complètement négative, perçue en terme de résistance, de rejet et de refus. Ainsi, on a pu repérer des formes d'innovation laissant transparaître que la raison, et par extension les systèmes juridiques concernés, sont dotés d'une forme d'intelligence qui ne les condamne pas au repli indéfini.

Clairement, le seuil du changement est atteint dès lors que le système ne peut plus reproduire les moyens de légitimation de son discours puisé dans la raison qui en est le moteur, le point de vue philosophique et politique de départ. Mais aussi, quand des domaines apparaissent en dépassement des champs généralement contrôlés par la raison, alors cette dernière se doit de les contrôler en étendant sa logique à ces domaines. L'adaptation, même infime, de la raison juridique islamique aux normes de l'ordre juridique international vient donc du fait que le dernier investisse des domaines qui étaient inconnus à la première ou qu'il propose de nouvelles méthodes de les aborder, démontrant ainsi l'incapacité de la raison juridique à contrôler son propre champ juridique puisque incomplète, obsolète ou quelle que soit l'impression générée par ce déficit de maîtrise.

Pour autant, il est permis de dire que l'option de la résistance, et donc du repli, aurait de beaux jours devant elle. Comme il avait été remarqué, l'islam constitue un système en soi basé sur une communauté hémisphérique du discours¹¹⁶³.

Ce discours, c'est celui de la foi. D'abord, la foi en l'unicité du révélateur. Puis, au caractère transversal de sa révélation, devant participer à la réglementation d'absolument tous les champs d'une vie. Si on peut réduire ces champs à deux seulement, on les ramènerait au champ théologique et juridique. Le second dérivant substantiellement du premier et donc y

¹¹⁶³ John Obert Voll, « Islam as a special world system », *Journal of World History*, Vol. 5, N. 2, 1994, p. 225.

puisant la force de son discours, son énergie de reproduction et sa capacité à dominer les esprits en tant que norme juridique, même si officiellement obsolète. Nous avons étudié l'impact du discours idéologique et la contrainte qu'il peut exercer tant au niveau de la norme officielle vécue qu'au niveau de la norme latente pensée. Son corolaire, la sanction permet d'instaurer la vision d'un discours infaillible ayant une réponse correctionnelle à tous les dérapages. Pour autant, exprimer la capacité de la raison juridique de produire des manifestations de rejet au niveau du système ne veut pas dire qu'elle soit, à ce niveau, une extension ou une légitimation de la théorie du choc des cultures. La raison juridique est avant tout une méthode, elle n'est pas fatalité. Elle permet d'expliquer les phénomènes et de les anticiper à partir des données collectées au sein du système dans lequel on la découvre. Elle ne peut être assimilée à un ensemble d'allégations prophétiques. La raison juridique est le produit de la complexité, la part de subjectivité qui y gît est celle projetée par le chercheur qui observe mais n'est pas elle-même une subjectivation.

Il se fait que la thèse défendue parallèlement tout au long de cette recherche est l'impossibilité de séparer le juridique de l'environnement qu'il contrôle et qui l'influence en retour. Il n'y a pas mieux que le travail sur la raison juridique islamique pour prouver l'interconnexion des champs normatifs (normes sociales/ religieuses et normes juridiques). Pour ainsi dire, le futur de la raison juridique islamique se trouve être plus dépendant aujourd'hui de l'énergie émise par ce que A.J Arnaud appelle l'infra-droit qui ne remplirait pas les standards de la norme positiviste mais pourrait quand même être considéré comme un phénomène juridique. Naissant à la suite de la raréfaction de la « bijection » entre les rôles et les attentes, le processus dialectique ayant lieu entre les systèmes juridiques « officiels » en quête de stabilité de pouvoir et entre ces phénomènes ayant vocation à devenir droit est tout aussi important que d'étudier les cas de polysystème. En effet, c'est du sort de la dialectique des forces avec les phénomènes d'infra-droit que dépendent largement les réactions aux systèmes concurrentiels comme l'exemple du droit international étudié ici. Le concept de raison juridique, serait encore une fois, capable de saisir la complexité et le pluralisme du phénomène juridique. Il y a eu un temps où on avait appelé à prendre les droits au sérieux¹¹⁶⁴, il serait urgent aujourd'hui de faire le même plaidoyer en faveur du concept de la raison juridique.

¹¹⁶⁴ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, New York, Harvard University Press, 1978.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

- Abdelkadir 'uda, *A-tachri' al-jina'i al-islami (la législation pénale islamique)-T1*, Beyrouth, Dar al-kitab al-arabi.
- Adullahi Ahmed An'naim, *Toward an Islamic reformation : civil liberties, human rights and international law*, New York, Syracuse University Press, 1990.
- Abdullahi Ahmed An'naim (dir.), *Human rights in cross-cultural perspectives: A quest for consensus*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1991.
- Abdullahi Ahmed An'naim, *Islam and the secular state : negotiating the future of sharia*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.
- Abu Al-'Alaa Al-Mawdudi, *The Islamic law and its introduction in Pakistan*, Lahore, Islamic Publications, 1960.
- Abu Al-Hassan Al-Mawardi, *Al-Ahkam Al-Sultaniya (Les statuts de la souveraineté)*, Koweït, Editions Dar Ibn Koutaiba, 1989.
- Abu Ishak Chatibi, *Al Mouwafaqat*, Vol 2, T1, Arabie Saoudite, Dar Ibn Affan, 1997.
- Ahmad Atif Ahmad, *Structural interrelations of theory and practice in Islamic law: A Study of Six Works of Medieval Islamic Jurisprudence*, Boston, Leiden, Brill. coll. Studies in Islamic law and society, 2006.
- Ahmad Atif Ahmad, *Islam, modernity, violence and everyday life*, New York, Palgrave Macmillan, 2009.
- Ahmed Mahiou, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité: cours général de droit international », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 337, 2009.

- Alain Touraine, *Critique de la modernité*, Paris, Les Éditions Fayard, 1992, coll. Le livre de poche, N. 19, édition numérique Les classiques des sciences sociales. URL : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/030296063>
- Alan Watson, *Society and legal change*, Philadelphie, Temple University Press, 2001.
- Albert Kasanda Lumembu, *John Rawls: Les bases philosophiques du libéralisme politique*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- Aleksander Peczenik, *On law and reason*, Etats Unis, Springer, Law and philosophy Library, Vol. 8, 2008.
- Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique-Vol.1*, Paris, Michel Lévy Frères, 1861.
- Ali Abd Arrazeq, *Al-Islam wa oussoul al-hokm (L'islam et les fondements du pouvoir)*, Beyrouth, L'institution Arabe pour les études et la publication, 1ère ed., 1976.
- Ali Akram Khan Sherwani, *Impact of Islamic Penal Laws on the traditional Arab society*, New Delhi, MD Publications, 1993.
- Allen Buchanan, *Justice, legitimacy and self-determination : Moral foundations of international law*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Amin Maalouf, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998.
- André- Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T1 Où va la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Volume XXVI, 1981.
- André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique- T2 Gouvernant sans frontières, entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, coll. droit et société, N.37, 2003.
- Anne Orford (dir.), *International law and its others*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- Anthony Giddens, *Les conséquences de la modernité*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- Antoine Sfeir, *Les réseaux d'Allah*, Paris, Plon, 1997.
- Antônio Augusto Cançado Trindade, « International law for humankind : towards a new jus gentium (II): General course on public international law», *RCADI* , Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 317, 2005.

- Antonio Tizzano, *L'intégration européenne au XXIe siècle*, Paris, La documentation française, 2004.
- Antonio Truyol y Serra, « L'expansion de la société internationale aux XIXe et au XXe siècles : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, , Vol. 116, 1965.
- Antonio Truyol Y. Serra, « Théorie du droit international public : cours général », *RCADI* , Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, , Vol. 173, 1981.
- Balakrishnan Rajagopal, *International law from below: Development, social movements and third world resistance*, New York, Cambridge University Press, 2003
- Bernard Botiveau, *Loi islamique et Droit dans les Société Musulmanes*, Paris, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, Karthala, 1993.
- Bernard Lewis, *Le langage politique de l'islam*, Paris, Gallimard, 1988.
- Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture et autres essais*, tr. fr. Pierre Clinquart, Paris, François Maspero, 1968.
- Carl Schmitt, *The concept of the political*, Tr. ang. George Schwab, Cambridge, MIT Press, 1996.
- Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) (dir.), *Les représentations sociales de la sanction pénale : Une étude des normes de justice dans les mentalités contemporaines*, Rapport d'enquête, 2001.
- Chaim Perelman, *The idea of justice and the problem of argument*, Londres, Routledge, 1963.
- Charles- Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Editions Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn Verlag, collection de droit international, 2001.
- Chawki Gaddes, Ghazi Gherairi, Salwa Hamrouni et Salsabil Klibi (dir.), *Droit, pouvoir et religion*, Tunis, Actes du colloque international organisé par l'Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 5, 6 et 7 Mars 2009.
- Christian Reus-Smit (dir.) *The politics of international law*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- Clarence Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958.

- Claude Lévi-Strauss (dir.), *L'Identité : séminaire interdisciplinaire*, Paris, PUF, 1977
- Clifford Dorne, *Restorative justice in the United States : An introduction*, Londres, Pearson- Prentice Hall, 2008.
- Commission on global Governance, *Our Global Neighborhood*, New York, Oxford University Press, 1995.
- *Coran*, Tr. fr. Denise Masson, Tr. Revue par Sobhi El-Saleh, Beyrouth, Dar Al Kitab Allubnani, Paris, Gallimard, 1980.
- Daryush Shayegan, *Qu'est ce qu'une révolution religieuse ?*, Paris, Les presses d'aujourd'hui, 1982.
- Daniel Durand, *La systémique*, Paris, PUF, 1979.
- Denys Cuche, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 1996.
- Edgar Morin (dir.), *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, 2005.
- Edgar Morin, *La méthode, T1 -La nature de la nature*, Paris, Seuil, 1977.
- Edward T. Hall, *Au delà de la culture*, tr. fr. Marie-Hélène Hatchuel, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 1979.
- Ekatarina Yahyaoui Krivenko, *Women, Islam and international law : within the context of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- Emile Littré, *Dictionnaire de la langue Française*, Paris, Hachette, Tome 4, 1874.
URL : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54066991/f66>
- Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs : T1-Doctrine du droit*, tr. fr. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993.
- Emmanuel Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Jansen et Perronneau, 1796.
- *Encyclopédie de l'Islam*, Leiden, Brill, Paris, G.-P. Maisonneuve & Larose, 1978.
- Farhang Rajaei, *Islamism and modernism : The changing discourse in Iran*, Austin, University of Texas Press, 2007.

- Farid Abd Al-Khaleq, *Fil fiqh a-syassi al-islami : Mabadi dostourey, choura, adl, mousawat (Du droit politique islamique : Principes constitutionnels, consultation, justice, égalité)*, Beyrouth, Dar A-chourouk, 1998.
- Farrukh Hakeem, Maria Haberfeld, Arvind Verma, *Policing Muslim Communities: Comparative International Context*, New York, Springer, 2012.
- Fazlur Rahman, *Major themes of the Qur'an*, Chicago, The University of Chicago Press, 2ème ed., 2009.
- Ferdinand Brunetière, *Questions de critique*, Paris, Calmann Lévy, 1889.
- Ferdinand Tönnies, *Communauté et Société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, tr. fr. J. Leif, Paris, Puf, 1977.
- Fernand Braudel, *L'identité de la France : Espace et histoire- T1*, Paris, Arthaud-Flammarion, 1986.
- Franck E. Vogel, *Islamic law and legal system : Studies of Saudi Arabia*, Leiden, Brill, 2000.
- François Guéranger, *Finance islamique : Une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, 2009.
- François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002.
- Friedrich A. Hayek, *Droit, Législation et liberté : T1- Règles et ordre*, Paris, PUF, 1980.
- Gabriel Fragnière, *La religion et le pouvoir. La chrétienté, l'occident et la démocratie*, Bruxelles, P.I.E- Peter Lang, coll. Dieux, Hommes et religions, N. 6, 2006.
- Georges Burdeau, *Traité de science politique- T.I : Le pouvoir politique*, Paris, LGDJ, 1966.
- Georges Corm, *La question religieuse au XXIe siècle. géopolitique et crise de la postmodernité*, Paris, La découverte, coll. « essais », 2007.
- Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadriga/PUF, 6ème ed., 2004.
- Gilles Deleuze, *Périclès et Verdi : La philosophie de François Châtelet*, Paris, Les éditions de minuit, 1996.

- Gilles Kepel, *La revanche de Dieu : Chrétiens, juifs et musulmans à la reconquête du monde*, Paris, Seuil, 1992.
- Guibentif, André-Jean Arnaud (dir.), *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1993.
- Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993.
- Guy Coq, *La laïcité : principe universel*, Paris, Editions Le Félin, 2005.
- Guy HAARSCHER, Léon INGBER, *Justice et argumentation : Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986.
- Hanna Arendt, *La crise de la culture*, tr. fr. Patrick Lévy, Paris, Gallimard, coll. folio essais, 2008.
- Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962,
- Henry D. Thoreau, *Résistance au gouvernement civil et autres textes*, Marseille, Le mot et le reste, 2011.
- Herbert Hart, *The concept of law*, New York, Oxford University Press, 1994.
- Hichem Ahmed Awadh Jaafar, *Al-aba'ad a-siyasya li mafhoum al-hakimeya (les dimensions politiques du concept de Hakimeya)*, Virginie, The international insitute of Islamic thought, 1964.
- Hichem Djaït, *La grande discorde*, Paris, Gallimard, 1989.
- Ibn Taymeya, *Al-khilafa wal molk (Le califat et le pouvoir)*, Jordanie, Editions Al-Manar, 2ème ed., 1994.
- Ibn Taymiya, *A-siyassa a-chhari'a (la politique juridique)*, Beyrouth, Maison nouveaux horizons, 1983.
- Imam Khomeyni, *Le gouvernement Islamique*, Téhéran, Institut pour l'édition et la publication des œuvres de l'Imam Khomeyni, 2009.
- Ioana Cismas, *Religious actors and international law*, New York, Oxford University Press, 2014.

- Jacques Lenoble, François Ost, *Droit, Mythe et Raison : Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridiques*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1980.

- Jamishid Gharajedaghi, *Systems Thinking: Managing Chaos and complexity*, Burlington, Morgan Kaufmann Publishers, 3ème ed., 2001.

- Jan Michiel Otto (dir.), *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, Leiden Press University, 2010.

- Javaid Rehman, *Islamic State practices, international law and the threat from terrorism: A critique of the 'Clash of Civilisations' in the new world order*, Oregon, Hart Publishing, 2005.

- Jean Baubérot, *Les laïcités dans le monde*, Paris, PUF, 2007.

- Jean François Lyotard, *La condition postmoderne : Rapport sur le savoir*, Tunis, Cérès Editions, 1994, coll. Idéà.

- Jean Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Hatier, 2007.

Jean Jacques Rousseau, *Œuvres complètes : Tome III- Du contrat social*, Bernard Gagnebin, Marcel Raymond (dir.), Paris, Gallimard, La Pléiade, 1969.

- Jean Jacques Rousseau, *Œuvres complètes : Tome IV- Émile :Éducation ,Morale, Botanique*, Bernard Gagnebin, Marcel Raymond (dir.), Paris, Gallimard, La Pléiade, 1969

- Jean- Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001.

- Jean-Claude Vadet, *Les idées morales dans l'islam*, Paris, PUF, 1995.

- Jean-Louis Le Moigne, *La théorie générale du système : théorie de la modélisation*, Paris, PUF, 1994.

- Jean-Wolfgang Goethe, *Faust*, tr. fr. Gérard de Nerval Paris, Gallimard, 1964.

- Jochen Von Bernstorff et Thomas Dunlap, *The public international law theory of Hans Kelsen: Believing in universal law*, New York, Cambridge University Press, 2010.

- Joël De Rosnay, *Le Macroscopie : vers une vision globale*, Paris, Seuil, 1975.

- John Rawls, *Political liberalism*, New York, Colombia University Press, 1993.

- John Rawls, *The law of peoples*, New York, Harvard University Press, 2ème ed., 2000.
- José Maria Ruda, «Reservations to treaties », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff publishers, T. 146, 1975.
- Jürgen Habermas, *Between facts and norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, tr. ang. William Rehg, Massachusetts, The MIT Press, 2ème ed., 1996.
- Karl Marx et Friedrich Engels, *L'idéologie allemande*, Paris, 1972.
- Khaled Abou El Fadhl, *Rebellion and violence in Islamic law*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- L'imam Mohamed Chaltout, *Al Islam : Akida wa charia' (L'islam : dogme et législation)*, Beyrouth, Achourouk, 1980.
- Lawrence Olivier, Guy Bédard, Jean-François Thibault (dir.), *Epistémologie de la science politique*, Québec, PUQ, 1998.
- Louis Eugène Marie Bautain, *La morale de l'évangile comparée aux divers système de la morale*, Paris, Auguste Vaton, 1855.
- Louis Gardet, *Introduction à la théologie musulmane*, Paris, Vrin, 1948.
- Louis Gardet, *La cité musulmane*, Paris, Vrin, 1954.
- Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1993.
- Maarten Bos, *A methodology of international law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1984.
- Madjid Benchikh, *Droit international du sous développement : Nouvel ordre dans la dépendance*, Paris, Berger-Levrault, coll. Mondes en devenir, 1983.
- Maha-Hanaan Balala, *Islamic finance and law: Theory and Practice in a Globalized World*, New York , I.B. Tauris, 2011.
- Mahmoud El-Gamal, *Islamic Finance : Law, Economics, and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- Manuel Castells, *The information age, Vol II- The power of identity*, Royaume-Uni, Wiley-Blackwell publishing, 2ème ed., 2010.

- Marc Bloch, *Apologie pour l'histoire ou le métier d'historien*, Paris, Éditions Armand Colin, 1974.
- Marcel Boisard, *L'Humanisme de l'islam*, Paris Albin Michel, 1979.
- Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larder, 1985.
- Mario Prost, *The concept of unity in public international law*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Martti Koskenniemi, *From apology to utopia: The structure of international legal argument*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- Maurice Kamto, « Constitution et principe de l'autonomie constitutionnelle », *Recueil des cours de l'AIDC*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2000.
- Maurice Merleau- Ponty, *Les aventures de la dialectiques*, Paris, Gallimard, 1955.
- Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 2010.
- Michel Galloux, *Finance islamique et pouvoir politique*, Paris, PUF, 1997.
- Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983.
- Michel Virally, « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public » , *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, T. 183, 1983
- Mireille Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 2001.
- Mireille Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011.
- Moahmed Attahir Ibn Achour, *Tafsir attahrir wa-tanwir- T. 27*, Tunis, Maison Tunisienne d'édition, 1984.
- Mohamed Ali Taskhiri, *Hawla a-dostour al-islami fi mawadihi al-a'ama (Sur la constitution islamique dans ses règles générales)*, Téhéran, Fédération de la culture et des relations islamiques, 1997.
- Mohamed Ali Taskhiri, *Nadhra fi nidham al-3oukubat al-islamiya (Un oeil sur le système des peines islamiques)*, Beyrouth, Imprimeries Ta'arof, 1978.
- Mohamed Attahir Ibn Achour, *Maqacid Achria al-Islameya (les buts de la législation Islamique)*, Le caire, Dar Al-Kitab Al-Masri, 2011.

- Mohamed Attahir Ibn Achour, *Oussoul annidham al-ijtimai' fil Islam (les principes de l'ordre social en Islam)*, Tunis, Société Nationale de Distribution, 1985.
- Mohamed Ibn Ismail Al-Amir, *Soubol Assalam- T4 (Les voies de la paix)*, Beyrouth, Dar Ihya' Attourath Al-Arabi, 1960.
- Mohammad Abel Al-Jabri, *Democracy, human rights and law in Islamic thought*, Londres, I.B Tauris Publishers, 2009.
- Mohammad Ali Taskhiri, *Hawla a-dostour Al-Islami fi mawadihi al-'amma (Sur les règles générales de la constitution islamique)*, Téhéran, Fédération de la culture et des relations Islamiques, 1998.
- Mohammad Ibn Idriss Al-Chafi'i, *Al-Rissala*, Annoté par Ahmad Mohammad Chaker, Beyrouth, Dar Al-Koutob Al-'Ilmyia, 1939.
- Mohammad Ibn Idriss Chafi'i, « Kitab ibtal al-istihsan », *Al- omm (La source)*, Le caire, 1325h.
- Mohammad Mojtahed Chabestari, *Naqdi bar Qara'at Rasmi az Din: Bohranya, Chaleshha, va halhas (Critique de la lecture officielle de la religion : les crises, les défis, les solution)*, Téhéran, Tarhé No, 2000.
- Mohammed Arkoun, *Humanisme et Islam : Combats et propositions*, Rabat, Editions Marsam, coll. Pensée en Islam, 2008.
- Mohammed Bedjaoui, « L'humanité en quête de paix et de développement : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 324, 2004.
- Molana Jalal Addine Al Roumi, *Masnabi-manavi*, Daftar 3.
- Muhammad Asad, *The message of the Qur'an-T1*, 1980, Dar Al Andalus , Londres, Brill, 1980.
- Muhammad Iqbal Siddiqi, *The penal law of islam*, Lahore, Kazi Publications, 1985.
- Nasr Farid Mohamed Wassel, *Al madkhal al wassit lidirassat a charia' al islameya wal fiqh wa tachri' (introduction à l'étude du droit musulman, de la science du droit et de la législation)*, Le Caire, Attawfikeya, 2^eéd, 1996.
- Nicos Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales*, T. II, Paris, 1972.

- Nigel Rodeley, *The treatment of prisoners under international law*, New York, Oxford University Press, 3ème éd., 2009.
- Noël James Coulson, *A history of islamic law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1978.
- Olivier Corten, *Le discours du droit international : Pour un positivisme critique*, Paris, PEDONE, 2009.
- Olivier Roy, *L'Islam mondialisé*, Paris, Seuil, 2004.
- Otfried Höffe, *La justice politique : Fondements d'une philosophie critique du droit et de l'Etat*, tr. fr., Paris, PUF, 1991.
- Pascal Richard et Jean-Jacques Sueur (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009.
- Paul Mills, John Presley, *Islamic finance: Theory and practice*, New York, Palgrave Macmillan, 1999.
- Pierre Manent, *Naissances de la politique moderne*, Paris, Editions Payot, 1977.
- Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, paris, Pedone, 1979.
- Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 297, 2002.
- Rached Al-Ghanouchi, *Al-huriyaat Al-a'amma fi dawla al-islamiya (Les libertés publiques dans l'Etat islamique)*, Beyrouth, Al-Mujtahed publishing house, 2011.
- René Cassin, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 79, 1951.
- René Coste, *Morale internationale : l'humanité à la recherche de son âme*, Tournai, Desclée, 1964.
- René Girard, *Les Origines de la culture: entretiens avec Pierpaolo Antonello et João Cezar de Castro Rocha*, Paris, Desclée de Brouwer, 2004.
- René-Jean Dupuy (dir.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

- René-Jean Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement : cours général de droit international public », *RCADI*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 165, 1979.
- René-Jean Dupuy, *L'humanité dans l'imaginaire des Nations*, Paris, Julliard, 1991.
- René-Jean Dupuy, *La clôture du système international : La cité terrestre*, Paris, PUF, coll. Perspectives internationales, 1989
- René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/ UNESCO, 1986.
- René-Jean Dupuy, *Le droit international*, Paris, PUF, 1990.
- Richard C. Martin, Mark R. Woodward et Dwi S. Atmaja, *Defenders of reason in Islam: Mu'tazilism from medieval school to modern symbol*, Oxford, Oneworld Publications, 1997.
- Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, New York, Harvard University Press, 1978.
- Rudolph Peters, *Crime and punishment in islamic law : Theory and practice from the sixteenth to the twenty-first century*, New York, Cambridge University Press, 2005.
- Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law* New York, Oxford University Press, 2010.
- Sami Aldeeb Abu Sahlieh, *Les musulmans face aux droits de l'homme : religion & droit & politique*, Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994.
- Sami Aldeeb Abu Sahlieh, *Manuel de droit musulman et arabe*, Centre de droit arabe et musulman, 2012.
- Sami Aldeeb Abu-Sahlieh, *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Paris, Eyrolles, 2006.
- Serge Sur, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972.
- Shabbir Akhtar, *The Quran and the secular mind : A philosophy of Islam*, New York, Routledge, 2008.
- Shaheen Sardar Ali, *Gender and human right in Islam and international law : equal before Allah, unequal before men?*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

- Simone Goyard-Fabre, *Qu'est ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Paris, Armand Collin, 1998.
- Sobhi Abdah Said, *Al-hokm wa oussoul al-hokm fi a-nidham al-islami (le pouvoir et les fondements du pouvoir dans le régime islamique)*, Le Caire, Université du Caire, 1985.
- Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale : conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985.
- Tahir Wasti, *The application of Islamic criminal law in Pakistan: Sharia in practice*, Leiden, Brill, 2009.
- Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, New York, Oxford University Press, 1998.
- Thomas Hobbes, *Léviathan*, tr. fr. François Tricaud, Paris, Sirey, 1971.
- Vida Amirmokri, *L'Islam et les droits de l'homme : L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, Québec, Les presses de l'université de Laval, 2004.
- Wael Hallaq, *A history of Islamic legal theories: An introduction to Sunni Usul Al-fiqh*, New York, Cambridge University Press, 1997.
- Wassim Belhedi, *Le principe de laïcité en droit international*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2011.
- Yadh Ben Achour, *Aux fondements de l'orthodoxie sunnite*, Tunis, Cérès Editions, 2009.
- Yadh Ben achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Tunis, Imprimerie officielle de la république Tunisienne, 1980.
- Yadh Ben Achour, *La deuxième fatiha: l'islam et la pensée des droits de l'homme*, Tunis, Cérès Editions, D'Islam & D'Ailleurs, 2011.
- Yadh Ben Achour, *Le rôle des civilisations dans le système international : Droit et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

II. THESES

- Florian Aumond, *Unité et diversité. Réflexion sur l'œuvre de René-Jean Dupuy (1918-1997)*, Thèse pour le Doctorat en Droit, sous la direction de Rahim Kherad, Angers, Université d'Angers, 2010.

- Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse pour le Doctorat en Droit, sous la direction de Jacques Bouineau et Hassan Abd-El-Hamid, Université de la Rochelle, 2011.

- Philippe Weckel, *La concurrence des traités internationaux*, Thèse pour le Doctorat en Droit, sous la direction de Jean-Paul Jacqué, Université Robert Schuman Strasbourg, 1989.

- Serge Diebolt, *Le droit en mouvement : éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Sous la direction de André-Jean Arnaud, Université de Paris X- Nanterre, 2000.

- Slim Laghmani, *Le discours Fondateur du droit des gens: approche historique*, Thèse pour le Doctorat en Droit, sous la direction de Yadh Ben Achour, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1990.

III. ARTICLES

- Abdou Filaly-Ansary, « Islam, Laïcité, Démocratie », *Pouvoirs*, N. 104, 2003.

- Abdullahi Ahmed An'naim, « Toward an islamic hermeneutics for human rights », in Abdullahi Ahmed An'anaim, Jerald Gort, Henry Jansen et Hendrick Vroom (dir.), *Human rights and religious values: An uneasy relationship*, Amsterdam, Rodopi Editions, 1995.

- Abudllahi Ahmed An'naim, « Problems of universal cultural legitimacy for human rights », in Abdullahi Ahmed An'anaim et Francis Deng (dir.), *Human rights in Africa: Cross-cultural perspectives*, Washington, The Brookings Institution, 1990.

- Alain Garay, « L'exercice collectif de la liberté de conscience religieuse en droit international », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 67, 2006.

- Alain Pellet, « Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux mêmes », in Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez Dé Aréchaga, *Le droit international dans un monde en mutation*, Montevideo, Fundacion de universitaria, 1994.

- Alain Pellet, « Reservations to treaties and the integrity of human rights », in Scott Sheeran, Sir Nigel Rodley (dir.), *Routledge handbook of international human rights law*, New York, Routledge, 2013.

- Alain Pellet, « Reservations, Article 19, convention 1969 », in Olivier Corten, Pierre Klein (dir.), *The Vienna Conventions of the law of treaties: A commentary- Vol. 1*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Alain Piquemal, « Un patrimoine commun de l'humanité ? », *Le monde diplomatique*, Septembre 1974.
- Alan Buchanan, « The legitimacy of international law », in Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, New York, Oxford University Press, 2010.
- Ali Hossein Nadjafi, « L'évolution du droit pénal iranien des mineurs à la lumière du nouveau code pénal d'avril 2013 », in Mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges, *Politiques Criminelles*, Paris, Dalloz, 2014.
- Ali Hossein Nadjafi, « La réception des instruments internationaux en droit pénal iranien : Une réception tumultueuse », *Archives de politique criminelle*, Vol. 1, N. 25, 2003.
- Alison G. Belnap, « Defamation of religions: A Vague and overbroad theory that threatens basic human rights », *Brigham Young University Law Review*, 2010.
- Allen Buchanan, Robert Keohane, « The legitimacy of global governance institutions », *Ethics & International Affairs*, N. 20, 2006. URL: doi:10.1111/j.1747-7093.2006.00043.x
- Amanda Perreau Saussine, « Emmanuel Kant on international law », in Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, New York, Oxford University Press, 2010.
- Anas Elmelki, « Le Principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques Islamiques : Illustration modélisée des contrats de financement participatifs Moudaraba Et Moucharaka », *Global Journal of Management and Business Research*, Vol. 11, N. 11, 2011.
- André Corten, « Le mal existe, Religion et néo-conservatisme dans le discours de George W. Bush », *Mots. Les langages du politique*, N. 9, 2005. URL: <http://mots.revues.org/1282>.
- André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », in André-Jean Arnaud, pierre Guibentif (dir.), *Niklas Luhmann : observateur du droit*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1993.

- André-Jean Arnaud, « Droit : le système et l'ensemble », in André-Jean Arnaud, Pierre Guibentif (dir.), *Niklas Luhman, observateur du droit*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1993.
- Anna Jenefsky, « Permissibility of Egypt's reservations to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women », *Maryland Journal of International Law*, volume 15, N. 2, 1991.
- Anne-Laure Vauris-Chaumette, « Les droits de l'homme en Asie », in Actes des journées d'étude de la Société Française pour le Droit International et de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, *Droit International et diversité des cultures juridiques*, 3-4 Novembre 2006, Paris, Pedone, 2008.
- Assemblée plénière de l'Institut de droit international de Saint-Jacques-de-Compostelle, « Résolution sur La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats adoptée le 13 septembre 1989 », *AIDI*, Vol. 63, N. II, 1990.
- Azadeh Niknam, « L'islamisation du droit pénal à l'épreuve des réalités en Iran », *Revue du monde musulman et de la méditerranée*, N. 85/86, 1999.
- Baudoin Dupret, « La *shari'a* comme référent législatif : Du droit positif à l'anthropologie du droit », in Jean-Noël Ferrié, Saadia Radi (dir.), *Égypte/Monde arabe*, CEDEJ, Première série, N. 25, 1996. URL : <http://ema.revues.org/844>
- Baudouin Dupret, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *Droit et société*, N. 34, 1996.
- Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », in Jean-Yves Chérot, Benoit Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- Beth A. Simmons, Lisa L. Martin, « International organisations and institutions », in Walter Carlsnaes, Thomas Risse, Beth A. Simmons (dir.), *Handbook of international relations*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2001.
- Bjarne Melkevik, « Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit », *Les cahiers du droit*, Vol. 31, N. 3, 1990.
- Boaventura de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit », *Droit et Société*, N. 10, 1988.

- Boaventura de Souza Santos , « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Droits et sociétés*, N. 35, 1997.
- Brubaker Rogers, « Au-delà de l'identité », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 4, N. 139, 2001. URL: <http://www.cairn.info/revue-actes-de-la-recherche-en-sciences-sociales-2001-4-page-66.htm>
- Carol J. Greenhouse, « Looking at culture, looking for rules », *Man*, N. 17, 1982.
- Catherine Colliot-Thelene, « La fin du monopole de la violence légitime ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, Vol. 34, N. 1, , 2003
- Catherine Raguin, « Le défi juridique: le droit est-il un mécanisme de socialisation? », *L'Homme et la société*, N. 20, 1971.
- Chafik Chehata, « La religion et les fondements du droit en Islam », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, T. 18, 1973.
- Charles Pigden, « Hume on *is* and *ought* », *Philosophy Now*, N. 83, Mars/Avril 2011, URL: http://philosophynow.org/issues/83/Hume_on_Is_and_Ought
- Dalia Vitkauskaite-Meurice, « The Arab charter on human rights : The naissance of new regional human rights system of a challenge to the universality», *Jurisprudence*, Vol. 1, N. 119, 2010.
- Daniel Bodansky, « The concept of legitimacy in international law », *Research papers series*, Université de droit de Georgia, Novembre 2007. URL: <http://ssrn.com/abstract=1033542>
- David Deroussin, « Politique criminelle et politique pénale », in Mission de recherche droit et justice, Université Jean Moulin Lyon III (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIXème siècle*, Actes de colloque 19, 20 Septembre 2002.
- David Gilles, Simon Labayle, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *RDUS*, N. 42, 2012.
- Delwin A. Roy, « Islamic banking », *Middle Eastern Studies*, Vol. 27, n° 3, 1991.
- Dencho Georgiev, « Politics or rule of law : deconstruction and legitimacy in international law », *EJIL*, Vol.4, N. 1, 1993.
- Dimitrina Petrova, « Smoke and Mirrors: The Durban Review Conference and Human Rights Politics at the United Nations », *Human Rights Law Review*, Vol. 10, 2010.

- Dina Elshurafa, « Islamic capitalism: An imminent reality or a hopeful possibility for Islamic finance? », *Arab Law Quarterly*, Vol. 26, 2012.
- Drago Roland, Fischer Georges, « Pondération dans les organisations internationales », *AFDI*, Vol. 2, 1956.
- Edgar Morin, « La pensée complexe, une pensée qui se pense », in Edgar Morin, Jean-Louis Le Moigne (dir.), *L'intelligence de la complexité*, Paris, l'Harmattan, 1999.
- Edouard Challe, « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le philosophoire*, Vol. 3, N. 9, 1999.
- Edward Shils, « The concept of consensus », *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, Macmillan Co. & Free Press, vol. 3, 1968.
- Emile Durkheim, « Communauté et société selon Tönnies », *La revue philosophique*, N. 27, 1989.
- Emmanuelle Jouannet, « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », *Archives de philosophie du droit*, T. 47, 2003.
- Emmanuelle Jouannet, « Présentation », in Olivier Corten, *Le discours du droit international: pour un positivisme critique*, Paris, PEDONE, 2009.
- Eric Chaumont, « Aux origines du droit constitutionnel musulman : les débuts (tardifs) de la Siyasa Shar'iyya », in Chawki Gaddes, Ghazi Gherairi, Salwa Hamrouni, Salsabil Klibi (dir.), *Droit, pouvoir et religion*, Tunis, Actes du colloque international organisé par l'Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 5, 6 et 7 Mars 2009.
- Etim E. Okon, « Hudud punishments in islamic criminal law », *European Scientific Journal*, Vol. 10, N. 14, 2014.
- Fabienne Quillere-Majzoub, Tarek Majzoub, « Le comité arabe des droits de l'homme : un organe nécessaire au sein de la ligue des Etats arabes », *RTDH*, Vol. 92, 2012.
- Fazlur Rahman, « Islamic modernism : its scope, method and alternatives », *International journal of middle eastern studies*, vol.1, 1970.
- Francis Fukuyama, « Social capital, Civil Society, and Development », *Third World Quarterly*, Vol. 22, N. 1, 2001.

- Francis Fukuyama, « At the ‘end of history’ still stands democracy », *The Wall Street Journal*, Juin 2014.
- Francis Fukuyama, « The end of history », *The national interest*, N. 16, Été 1989.
- François Ost, Michel Van de Kerchove, « Le jeu de l'interprétation en droit : Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », in José Luis Curiel (dir.), *Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social*, Mexique, Université nationale autonome du Mexique, VOL. VI, 1982.
- Fred Halliday, « Relativism and universalism in human rights: The case of the Islamic middle east », *Political Studies*, Vol. 43, 1995.
- Georges Abi-Saab, « Humanité et communauté internationale dans la dialectique du droit international », in Mélanges René-Jean Dupuy, *Humanité et droit international*, Paris, PEDONE, 1991.
- Georges Vedel, « Les droits de l'homme : Quels droits ? Quel homme ? », in mélanges René-Jean Dupuy, *Humanité et droit international*, Paris, PEDONE, 1991.
- Georgia Alida du Plessis, « Defamation of religion : A critique of the United Nations and Arab Co-authorship of the balance between expression and religious rights », *Ave Maria International Law Journal*, 2013.
- Giancarlo Guarino, « La charte arabe des droits de l'homme et le principe d'autodétermination des peuples : les racines d'un conflit », in Claudio Zanghi, Rafea Ben Achour (dir.), *La nouvelle charte arabe des droits de l'homme de l'homme : dialogue italo-arabe*, Actes de la tables ronde italo-arabe du 17 et 18 décembre 2004, Turin, Giappichelli Editore, 2004.
- Gregory Lewkowicz, « Le traité international comme figure du contrat : le jeu de l'honneur sous les contrats dans la doctrine du droit des gens », in Gregory Lewkowicz, Mikhaïl Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris Dalloz, 2009.
- Guy Lafrance, « L'humanisme juridique de Rousseau et l'idée des droits de l'homme », in Jean Roy (dir.), *Jean Jacques Rousseau et la révolution*, Actes du colloque de Montréal, 25-28 Mai 1989, Ottawa, Association nord américaine des études Jean-Jacques Rousseau, 1991.
- Hans Kelsen, « The Essential Conditions of International Justice », in *35ème rencontre annuelle de la Société Américaine du Droit International*, 24 au 26 Avril, 1941.

- Ibrahim Adebayo, Kabir Hassan, « Ethical principles of Islamic financial institutions », *Journal of Economic Cooperation and Development*, Vol. 34, N. 1, 2013.
- Ineta Ziemele, Lasma Liede, « Reservations to human rights treaties : From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6 », *EJIL*, Vol. 24, N. 4, 2013.
- Interview avec Mohamed Talbi, « La charia est une œuvre humaine désuète », le 16 février 2015. URL : <http://www.webdo.tn/2015/02/16/interview-avec-mohamed-talbi-la-charia-est-une-oeuvre-humaine-desuete/>
- Ioana Cismas, « Statute of the OIC Independent Permanent Human Rights Commission, Introductory Note », *ASIL*, Vol 5, N. 6, 2011.
- Isabelle Buffard, Karl Zemanek, « The object and purpose of a treaty : An enigma ? », *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 3, 1998.
- Jacques Chevallier, « L'ordre juridique », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (dir.), *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983.
- Jan Klabbers, « Unity, diversity, accountability: The ambivalent concept of international organization », *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14, 2013.
- Jason C. T. Chuah, « Islamic principles governing international trade financing instruments: A study of the morabaha in English law », *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 27, N. 1, 2006.
- Javaid Rehman, Stephanie E. Berry, « Is the diffamation of religions passé ? The United Nations, The organisation of Islamic cooperation and Islamic states practices: Lessons from Pakistan », *The George Washington International Law Review*, Vol. 44, 2012.
- Jean Charpentier, « Autodétermination et décolonisation », in Mélanges offerts à Charles Chaumont, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : Méthodes d'analyse du droit international*, Paris, PEDONE, 1984.
- Jean Charpentier, « Le droit des peuples à disposer d'eux mêmes et le droit international positif », *Revue Québécoise de droit international*, 1985.
- Jean-Pascal Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, T. 45, 2001.
- Jean-Philippe Bras, « La charia et les transformations du droit dans le monde musulmans », in 654^{ème} conférence de l'Université de tous les savoirs, 9 octobre 2007.

- Jean-Pierre Colin, « L'avenir indécis du système des Nations Unies - L'exemple de l'UNESCO », *RBDI*, N. 1, 1988.

- Jean-Pierre Zarader, « Identité et résistance: fondements et enjeux philosophiques », *Alea*, Vol.11, N. 1, 2009.

- Jefferey K. Hadden, « Toward Desacralizing Secularization Theory », *Social Forces*, Vol. 65, N. 3, 1987.

- Jeff Haynes, « Transnational religious actors and international politics », *Third World Quarterly*, Vol. 22, N. 2, 2001.

- Joelle Entelis, « International human rights: Islam's friend or foe? Algeria as an example of the compatibility of international human rights regarding women's equality and Islamic law », *Fordham International law journal*, Vol. 20, N. 4, 1996.

- Joëlle Morissette, Sylvie Guignon, Didier Demazière, « De l'usage des perspectives interactionnistes en recherche », *Recherches qualitatives*, Vol. 30, N. 1, 2011. URL : <http://www.recherche-qualitative.qc.ca/Revue.html>

- John Obert Voll, « Islam as a special world system », *Journal of World History*, Vol. 5, n° 2, 1994,

- John Tasioulas, « Human rights, legitimacy and international law », *American Journal of Jurisprudence*, 2013, Vol. 58, N. 1

- John Tasioulas, « The legitimacy of international law », in Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, New York, Oxford University Press, 2010.

- John Tasioulas, « The moral reality of human rights », in UNESCO Poverty Project, *Ethical And Human rights dimensions of poverty: Towards a new paradigm in the fight against poverty*, Conférence tenue à All Souls College, Oxford, Mars 2003. URL: http://portal.unesco.org/shs/en/files/4333/10892901941/jonh_Tasioulas.pdf/jonh_Tasioulas.pdf

- Jonathan Fox, « Religion et relations internationales: perceptions et réalités », *Politique étrangère*, N.6, Hiver 2006. URL : DOI 10.3917/pe.064.1059.

- Joseph Nisot, « Les amendements à la Charte des Nations Unies et leur mise en œuvre », *RBDI*, N. 2, 1966.

- Jozeph Raz, « Human right without foundations », in Samantha Besson, John Tasioulas, *The philosophy of international law*, New York, Oxford University Press, 2010
- Julian Rivers, « Diffamation des religions et droits de l'homme », *Missio*, 2008.
- Julio C. Colon, « Choice of Law and Islamic Finance », *Texas International Law Journal*, Vol. 46, N. 411, 2011.
- Kalim Bahadur, « Pakistan as an islamic state », *Claws Journal*, 2012.
- Katja Samuel, « The legal response to terrorism of the Organisation of Islamic Cooperation », in Ben Saul (dir), *Research Handbook on international law and terrorism*, Royaume Uni, Edward Elgar Publishing, 2014.
- Lea Brilmayer, « From contract to pledge : the structure of international human rights agreements », *British Yearbook of International law*, Vol. 77, N.1, 2006, p. 165. URL: doi: 10.1093/bybil/77.1.163
- Linda M. Keller, « The impact of states parties reservations to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women », *Michigan State Law Review*, 2014.
- Lode Walgrave, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *Criminologie*, vol. 32, N. 1, 1999.
- Louis Assier Andrieu, « Le juridique des anthropologues », *Revue Droit et Société*, N. 5, 1987.
- Louis Milliot, « L'idée de la loi dans l'Islam », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 4, N. 4, Octobre- Décembre 1952.
- Lucas Roxo, « La Tunisie dit NON à la charia », *France Info*, Janvier 2014. URL : <http://www.franceinfo.fr/monde/actu/article/la-tunisie-dit-non-la-charia-310405>
- Luncien Guirlinger, « Actualité, consistance conceptuelle, genèse historique de la confrontation entre diversité culturelle et universalité des droits de l'homme », in Société Angevine de Philosophie (dir.), *Diversité culturelle et universalité des droits de l'homme*, Nantes, Cécile Defaut, 2010.
- Mahmoud El Gamal, « "Interest" and the paradox of contemporary Islamic law and finance », *Fordham International Law Journal*, Vol. 27, N. 1, 2003.

- Mahmoud Sadri, « Sacral defense of secularism : the political theologies of Soroush, Shabestari and Kadivar », *International Journal of Politics, Culture and Society*, vol. 15, N. 2, 2001.
- Marcelo Raffin, « Pour une généalogie de la question des droits de l'homme », *Revue Aspects*, N. 1, 2008.
- Marijke De Pauw, « Women's rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention », *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, N. 77, 2013.
- Marsha A. Freeman, « Reservations to CEDAW: An analysis for UNICEF », Discussion paper, *UNICEF Policy and practice*, 2009.
- Martin Lau, « Twenty five years of *hudud* ordinances : A review », *Washington and Lee law Review*, Vol.64, N. 2, 2007.
- Martin Rhonheimer, « Une éthique politique universelle est-elle possible ? », *Les droits de la personne humaine et l'éthique chrétienne*, Actes de colloque, Résidence Universitaire de Champel), Genève, 7 novembre 1998. URL : http://didattica.pusc.it/file.php/115/Homepage_2009/texts/ethpoluniv.pdf.
- Martti Koskenniemi, « The politics of international law », *EJIL*, Vol. 4, 1990.
- Massimo Coccia, « Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights », *California Western International Law Journal*, 1985.
- Matthew Lippman, « Islamic criminal law and procedure : religious fundamentalism v. modern law », *Boston College international and comparative law review*, Vol. 12, N. 1, 1989.
- Maurice Godelier, « Pouvoir et langage. Réflexions sur les paradigmes et les paradoxes de la « légitimité » des rapports de la domination et d'oppression », *Communications*, Vol. 28, N. 1, 1978.
- Meghan E. Tepas, « A look at traditional Islam's general discord with a permanent system of global cooperation », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N. 2, 2008.
- Micheal-J Glennon, « How international rules die », *The Georgetown Law Journal*, Vol. 93, 2005.

- Michele Emily Olivier, « Globalisation or fragmentation of International Law : challenges for harmonisation », *De Jure*, Vol. 2, N. 5, 2008.
- Michele Lombardini, « The International Islamic Court of Justice: Towards an International Islamic Legal System? », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, N. 3, 2001.
- Miquel Rodriquo Alcina, « Les stratégies de l'identité : entre l'être et le faire », *Revista CIDOB d'afers internacionals*, N. 43-44, 1999.
- Mireille Delmas-Marty, « Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs », in François Terré (dir.), *Regards sur le droit*, Académie des sciences morales et politiques, séances publiques, 7 Juillet 2008.
- Moeen H. Cheema, « Beyond Beliefs: Deconstructing the dominant narratives of the islamization of Pakistanis law », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. LX, N. 4, 2012.
- Mohamed Cherif Ferjani, « Islam, paix et violence », *Revue Projet*, Vol.4, N. 281, 2004.
- Mohammad Musfequs Salehin, « Democracy and Islam: A Tale of Democratic Struggle in a Muslim Majority State », *Sociology of Islam*, Leiden Brill, N. 1, 2013.
- Mohammed Arkoun , « Réflexions sur la notion de "raison islamique" », *Archives des sciences sociales des religions*, Vol. 63, N. 1, 1987.
- Mohammed Arkoun, « Le concept de raison Islamique », in CRESM (dir.), *Annuaire de l'Afrique du nord*, Paris, Editions du CNRS, Vol. 18, 1980.
- Mohammed El-Qorchi, « La finance islamique est en marche », *Finances et développement*, Décembre 2005.
- Monia Ben jemia, Hafidha Chekir, « La levée des réserves à la convention CEDAW mais non au maintien de la déclaration générale », *rapport ATFD/ UNFPA*. URL : <http://www.unfpa-tunisie.org/images/stories/pdfs/cedaw%20français.pdf>.
- Moritz Mihatsch, « Welcome to the post-Westphalia Dystopia », *Mada Masr*, 21 Aout 2014.URL: <http://www.madamasr.com/content/welcome-post-westphalia-dystopia>

- Muhammad Said, Kaviyarasu Elangkovap, « Prosperity and social Justice consequences of applying ethical norms of Islamic finance: Literature review », *Journal of Economics and Sustainable Development*, Vol.5, N. 2, 2014.
- Najib Hosni, « Le droit pénal islamique », *Revue internationale de droit pénal*, 3ème et 4ème trimestres, 56ème année, 1985.
- Nicole McLaughlin, « Spectrum of Defamation of Religion Laws and the Possibility of a Universal International Standard », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 32, 2010.
- Niklas Luhmann, « Clôture et couplage », in André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif (dir.), *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1993.
- Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », tr. fr. Michel Van de Kerchove, *Droit et Société*, 1994.
- Niklas Luhmann, « Orientation théorique de la politique », conférence prononcée lors du *Convegno Sapere e potere*, Gènes, 1980.
- Niklas Luhmann, « Selbstlegitimation des staates », *ARSP*, Bhf, N.15, 1981.
- Niklas Luhmann, « Soziologie als Theorie sozialer Systeme », *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1967.
- Niklas Luhmann, « Soziologie des politischen systems », in *Soziologische Aufklärung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970.
- Norbert Campagna, « La fin de l'histoire et le dernier homme », *Forum*, N. 137, Juillet 1992, p.53.
- Olivier Carré, « La ligue des Etats arabes », *Revue Française de science politique*, 21ème année, N. 2, 1971.
- Olivier Carré, « Le combat pour Dieu et l'État islamique chez Sayyid Qotb, l'inspirateur du radicalisme islamique actuel », *Revue Française de sciences politiques*, N. 4, 1983.
- Oona Hathaway, « Do human rights treaties make a difference », *The Yale Law Journal*, 2002, Vol. 111, 1935.
- Parfait Oumba, « La jurisprudence de la Cour internationale de justice », *Aspects*, Vol.2, 2008.

- Paul De Visscher, « Les premiers amendements apportés à la Charte de l'Organisation des Nations Unies », *RBDI*, N. 2, 1966.
- Paul Ricœur, « Pour l'être humain du seul fait qu'il est humain », in *Enjeux des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1988.
- Paul Ricœur, « Science et idéologie », *Revue philosophique de Louvain*, T. 72, N. 14, 1974.
- Paul Sebastianutti, « What is this thing called international financial law », *Law and Financial Markets Review*, Janvier 2009.
- Pauline Kleingeld, « Kant's cosmopolitan order : World citizenship for a global order », *Kantian Review*, 1998, Vol. 2.
- Philip Gleason, « Identifying Identity: A Semantic History », *Journal of American History*, Vol. 69, N. 4, 1983.
- Pierre Rondot, « La laïcité en pays musulmans », in Louis Trotabas (dir.), *La laïcité*, Université d'Aix Marseille, Faculté de droit et des sciences économiques, Centre des sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, PUF, 1960.
- Pierre-Marie Dupuy, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a? », in Rosario Huesa Vinaixa et Karel Wellens (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Poul Kjaer, « Systems in context, on the outcome of the Habermas/ Luhmann debate », *Ancilla Iuris*, N. 66, 2006.
- Rached Gannouchi (président du parti islamiste tunisien Ennahdha), entretien, Jeune Afrique, Juillet 1990
- Rafâa Ben Achour, « Etat de droit, démocratie et droit international », *Ordine internazionale et diritti umani*, 2014.
- Raymond Verdier, « Premières orientations pour une anthropologie du droit », *Droit et cultures*, N. 1, 1981.
- Rebecca J. Dobras, « Is the United Nations human rights violations? An analysis of the United Nations' combating defamation of the religion resolutions and Pakistan blasphemy laws », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 37, N. 339, 2009.

- René Otayek, « Religion et globalisation: l'islam subsaharien à la conquête de nouveaux territoires », *Revue internationale et stratégique*, N. 52, 2003/4. URL: <http://www.cairn.info/revue-internationale-et-strategique-2003-4-page-51.htm>
- René-Jean Dupuy, « Les Nations Unies face au développement, à la paix et aux droits de l'homme », *Géopolitique*, N. 13, 1986.
- Reza Nourbaha, « Le droit pénal iranien à la lumière des principes directeurs de la constitution de la république islamique d'Iran », *Archives de politiques criminelles*, Vol. 1, N. 23, 2001.
- Richard Reev Baxter, « A skeptical look at the concept of terrorism », *Akron Law Review*, Vol. 7, N. 3, 1974.
- Robert Carle, « Revealing and concealing: Islamist discourse on human rights », *Human Rights Review*, Avril-Juin 2005.
- Robert C. Blitt, « Defamation of religion: Rumors of its death are greatly exaggerated », *The Case Western Reserve Law Review*, Vol. 62, 2011.
- Rodney Wilson, « Islamic capital markets : The role of *sukuk* », in Conrad Gardner (dir.), *Islamic finance: Instruments and markets*, Londres, Bloomsbury, 2010.
- Roseline Letteron, « L'universalité des droits de l'homme : apparences et réalité, L'idéologie des droits de l'homme en France et aux Etats-Unis », *AFRI*, vol. II, 2001.
- Ruud Peters, « Islamic law and human rights : A contribution to an ongoing debate », *Recht van de Islam*, Vol. 15, 1998.
- S. Jonas, Thomas N. Saunders, « The object and purpose of a treaty : three interpretative methods », *Vanderbilt Journal of transnational law*, Vol. 43, N. 3, 2010.
- Saïda Daly, Mohamed Frikha, « Islamic finance, a support to development and economic growth: the principle of *Zakat* as an Example », *Journal of Behavioural Economics, Finance, Entrepreneurship, Accounting and Transport*, Vol. 3, N. 1, 2015.
- Sana Ben Achour Derouiche, Slim Laghmani, « Droit international, droits interne et droit musulman », in UNESCO-CERP, *La non discrimination à l'égard des femmes entre la convention de Copenhague et le discours identitaire*, Colloque Tunis 13- 16 janviers 1998.
- Sayd Farook, « On corporate social responsibility of Islamic financial institutions », *Islamic Economic Studies*, Vol. 15, N. 1, 2007.

-Sébastien Charles, « De la postmodernité à l'hypermodernité », *Revue Argument*, Vol. 1, N. 8, 2005-2006. URL : <http://www.revueargument.ca/article/2005-10-01/332-de-la-postmodernite-a-lhypermodernite.html>.

- Selami Varlik, « Fazlur Rahman et le coran : La recherche méthodique de l'intention de l'auteur », *Methodos*, N. 13, 2013. URL : <http://methodos.revues.org/3580> ; DOI : 10.4000/methodos.3580

- Sir Derek Bowett, « Reservations to non-restricted multilateral treaties », *British Yearbook of international law*, vol. 48, 1976-1977.

-Slim Laghmani, « Islam et droits de l'homme », in Gérard Conac, Abdelfattah Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1994.

- Slim Laghmani, « Pensées musulmanes et théorie des droits de l'homme », in Réseau droits fondamentaux de l'AUELF-UREF, *Les droits fondamentaux*, Journées scientifiques à Tunis, Janvier 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997.

- Sompong Sucharitkul, « L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain », in René-Jean Dupuy (dir.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

- Soukaina Bouraoui, Sana Ben Achour, Sadok Belaid, Slim Laghmani, « Mutations des systèmes juridiques, notes pour une modélisation », *Revue Droit et société*, N.15, 1990.

- Stamatios Tzitzis, « Les droits de l'homme entre le mythos et le logos », in Réseau droits fondamentaux de l'AUELF-UREF, *Les droits fondamentaux*, Journées scientifiques à Tunis, Janvier 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997.

- Stéphanie Palo, «A charade of change: Qisas and Diyat ordinance allows honor killings to go unpunished in Pakistan», *University of California/Davis Law Review*, Vol. 15, N. 1, 2009.

-Susan C. Hascall, « Restorative justice in islam : Should *qisas* be considered a form of restorative justice? », *Duquesne University School of Law Research Paper*, N. 11, 2012.

- Tarek Majzoub, Fabienne Quillere-Majzoub, « Du comité arabe des droits de l'homme : un organe sous influence ? », *RGDIP*, Tome 116, N. 1, 2012.

- The Gallup Organization *Islam and democracy*, Rapport d'enquête, Princeton, 2006.
URL : <http://media.gallup.com/WorldPoll/PDF/IslamandDemocracy020207.pdf>

- Thomas Berns, « Kant : La paix comme secret », in Pierre Calame, Benjamin Denis et Eric Remacle (dir.), *L'Art de la paix : Approche transdisciplinaire*, colloque, Bruxelles, P.I.E- Peter Lang, 2004.

- Thomas Christiano, « Democratic legitimacy and international institutions », in Samatha Besson, John Tasioulas (dir.), *The philosophy of international law*, New York, Oxford University Press, 2010.

- Thomas Gil, « Entre le dogmatisme et l'historicisme : La justification rationnelle des droits fondamentaux », in Réseau droits fondamentaux de l'AUPELF-UREF, *Les droits fondamentaux*, Journées scientifiques à Tunis, Janvier 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997.

- Tony Marshall, « The evolution of restorative justice in Britain », *The European Journal of Criminal Policy and Research*, Vol.4, N. 4, 1996.

-Topo Santoso, «Implementation of Islamic criminal law in Indonesia: Ta'azir punishment as a solution», *IJUM Law Journal*, Vol. 19, n°1, 2011.

- Turan Kayaoglu, « The OIC's permanent independent human rights commission: an early assessment », *Matters of Concern working papers series*, The Danish institute for human rights, 2015.

- Turan Kayaoglu, « A right's agenda for the Muslim world? The organization of Islamic cooperation's evolving human rights framework», *Brookings Doha Centre Analysis Paper*, N. 6, janvier 2013.

- Valentine Zuber, « La liberté de conscience », in Jean Baubérot (dir.), *La laïcité à l'épreuve : religions et libertés dans le monde*, Paris, Universalis, 2004.

- Valentino Cattelan, « Islamic finance and ethical investments: some points of reconsideration », in Fahem Khan et Mario Porzio (dir.), *Islamic banking in the European Union: A challenge*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2010.

- Vincent De Gaulejac, « L'identité », in Jacqueline Barus- Michel , Eugène Enriquez, André Lévy (dir.), *Vocabulaire de psychosociologie : références et positions*, Paris, Érès, 2002.

- Vladimir Nikolaevitch Koudriavtsev, « Droit international et problèmes globaux de l'époque actuelle », *RBDI*, N. 2, 1988.

- Wagdi Sabete, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humaine », in Mathieu Doat, Jacques Le Goff, Philippe Pedrot (dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007.

- Yadh Ben Achour, « Violence et politique en Islam », *Lignes*, Vol. 25, n°2, 1995.

- Younes Soualhi, « Bridging Islamic juristic differences in contemporary Islamic finance », *Arab Law Quarterly*, Vol. 26, 2012.

- Zalmaï Haquani, « Déclaration islamique universelle des droits de l'homme », in Académie de droit international de La Haye (colloques/ workshop series) (ed.), *The future of international law in a multicultural world*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1984.

- Zeti Akhtar Aziz, « Enhancing Interlinkages and Opportunities: The Role of Islamic Finance », *NBR Analysis*, Vol. 18, N. 4, 2008.

- Zubair Adul-Quadir, « The Process of islamic criminal justice », *Karwa law review*, Vol. 4, 1995.

IV. DOCUMENTATION OFFICIELLE

A. TEXTES CONSTITUTIONNELS DES ETATS

- *Constitution de la République islamique d'Iran*, 24 Octobre 1979, entrée en vigueur le 3 Décembre 1979, révisée le 28 Juillet 1989.

- *Constitution de la République islamique de Mauritanie*, Juillet 1991.

- *Loi fondamentale de l'Arabie Saoudite*, 1er mars 1992.

- *Constitution de la République Algérienne Démocratique et Populaire*, 8 décembre 1996.

- *Avant- projet de la constitution Tunisienne*, 14 Décembre 2012, Traduction non-officielle produite par le projet du PNUD en Tunisie.
URL : http://majles.marsad.tn/uploads/documents/constitution_tunisie_fr_2012_12_14.pdf

- *Constitution de la République Tunisienne*, 26 Janvier 2014.

B. TEXTES DE LOIS INTERNES

- *Le décret IV prohibant la consommation de boissons alcoolisées au Pakistan*, 1979.
- *Le décret VI concernant les crimes contre la propriété au Pakistan*, 1979.
- *Le décret VII concernant les crimes de zina au Pakistan*, 1979.
- *Le décret VIII concernant le crime de fausses accusations de zina au Pakistan*, 1979.
- *Le décret IX sur l'exécution de la sanction de flagellation au Pakistan*, 1979.
- *Code pénal Soudanais*, 31 Janvier 1991, entré en vigueur le 20 Février 1991.
- *Code des châtements islamiques iranien*, 30 Juillet 1991, entré en vigueur le 28 Novembre 1991.
- *Code des procédures pénales des juridictions générales et révolutionnaires d'Iran*, 19 septembre 1999.
- *Code pénal Pakistanais*, 6 octobre 1860, révisé en 2002 à l'occasion de l'ordonnance LXXXVI.
- *Règlement des procédures pénales saoudien*, 26 novembre 2013, entré en vigueur le 7 décembre 2013.

C. TEXTES REGIONAUX

1. INSTRUMENTS REGIONAUX

- *Convention sur les privilèges et immunités de la ligue des Etats arabes*, 10 mai 1953.
- *Convention européenne sur la répression du terrorisme*, 27 janvier 1977 et déposée auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe le 30 mai 1979.
- *Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en islam*, 20 août 1990.
- *Charte arabe des droits de l'homme*, 14 septembre 1994, révisée le 15 janvier 2004, entrée en vigueur le 15 mars 2008.
- *Traité d'Amsterdam portant modification du traité sur l'Union Européenne et du traité instituant les Communautés européennes*, 2 octobre 1997.

- *Convention arabe relative à la répression du terrorisme*, 22 avril 1998, entrée en vigueur depuis le 7 mai 1999.
- *Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme*, adoptée à Alger le 14 juillet 1999.
- *Convention de l'OCI pour la lutte contre le terrorisme*, 1er juillet 1999
- *Déclaration de Kuala Lumpur sur le terrorisme international*, adoptée lors de la session extraordinaire de la conférence Islamique des ministres des affaires étrangères, du 1 au 3 avril 2002.
- *Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*, Conseil de l'Union Européenne, 22/06/2002.
- *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles N. 14*, 13 mai 2004, entré en vigueur le 1er juin 2010.
- *Convention des droits de l'enfant en islam*, 28 juin 2005.
- *Programme d'action décennal de l'OCI lors de la 3ème Session extraordinaire du sommet de la conférence islamique*, 7-8 décembre 2005. URL : http://www.oic-iphrc.org/data/docs/legal_instruments/OIC%20Instruments/TYPOA-%20AEFV/TYPOA-EV.pdf

2. RESOLUTIONS D'ORGANISMES REGIONAUX

- Résolution 2-86/D du 29 janvier 1987, *Statut de la cour islamique internationale de justice*, 3ème conférence des ministres islamiques des affaires étrangères des Etats.
- Résolution °1/30-PAL, *La cause Palestinienne*, 30ème session de la conférence islamique des ministres des affaires étrangères, 28-30 mai 2003.
- Résolution n° 2/30-PAL, *Le conflit arabo-israélien*, 30ème session de la conférence islamique des ministres des affaires étrangères, 28-30 mai 2003.
- Résolution n° 3/30-PAL, *Le Golan Syrien occupé*, 30ème session de la conférence islamique des ministres des affaires étrangères, 28-30 mai 2003.
- Résolution n° 2/34-P, 34ème session Conférence Islamique des ministres des affaires étrangères, 15-17 mai 2007. 1

- Résolution n° 1/11-PAL (IS), *La cause palestinienne*, 11ème session du sommet islamique, 13-14 mars 2008.

- Résolution n° 3/11-PAL (IS), *Le Golan Syrien occupé*, 11ème session du sommet islamique, 13-14 mars 2008.

- Résolution n° 2/38-LEG, *Création et statut de la commission permanente et indépendante des droits de l'homme de l'OCI*, 38ème Session du conseil islamique des ministres des affaires étrangères, 28-30 juin 2011.

- Résolution 179/28 du 24 novembre 2014, *Statut du comité arabe des droits de l'homme*, Comité arabe des droits de l'homme.

D. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

- *Charte des Nations Unies*, 26 Juin 1945.

- *Déclaration Universelle des droits de l'homme*, 10 décembre 1948.

- *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966.

- *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels*, 16 décembre 1966.

- *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969.

- *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979.

- *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984.

- *Convention relative aux droits des enfants*, 20 novembre 1989.

- *Déclaration et programme d'action de Vienne*, 25 juin 1993.

- *Statut de Rome de la Cour Pénal Internationale*, 17 Juillet 1998.

- *Déclaration Universelle de L'UNESCO sur la diversité culturelle*, 2 Novembre 2001.

E. JURISPRUENCE INTERNATIONALE ET REGIONALE

- *Conditions d'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies (Charte, Article 4)*, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1948.

- *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1951.

- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, Arrêt, C.I.J., Recueil 1970.

- *Sahara occidental*, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1975.

- *Temeltasch c. Suisse (Requête n° 9116/80)*, Arrêt, Cour Européenne des droits de l'homme, 12 octobre 1981

- *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Arrêt, C.I.J., Recueil 1984.

- *Belilos c. Suisse (Requête no 10328/83)*, Arrêt, Cour Européenne des droits de l'homme, 29 avril 1988.

- *Loizidou c. Turquie (Requête no 15318/89)*, Arrêt, Cour Européenne des droits de l'homme, 18 décembre 1996.

- *Affaire IT-95-17/1 : Le Procureur c. Furundzija*, Jugement, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 10 décembre 1998.

- *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, Arrêt, C.I.J., Recueil 2006.

F. AVIS DES ORGANES DE CONTROLE DES TRAITES

- HRI/GEN/1/Rev.1 (1994) du 10 mars 1992, *Observation Générale N. 20 : Article 7*, Comité des droits de l'homme.

- HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), *Observation Générale 24 : Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, Comité des droits de l'homme.

- A/53/38/Rev.1 du 14 mai 1998, *Déclaration sur les réserves à la CEDEF*, Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

- CEDAW/C/GC/29 du 30 octobre 2013, *Recommandation générale sur l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*

(conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution), Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

G. RESOLUTIONS DES ORGANES DE L'ONU

- A/RES/ 478 (V) du 16 Novembre 1950, *Requête pour avis consultatif suite à l'adoption d'une résolution au sujet des « réserves aux traités multilatéraux »*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A.G. 1514 du 14 décembre 1960, *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A.G. 2131 (XX) du 21 Décembre 1965, *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A.G. 2625 (XXV) du 24 Octobre 1970, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A.G. 2625 du 24 octobre 1970, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A.G. 2997 (XXVII) du 15 Décembre 1972, *Dispositions institutionnelles et financières concernant la coopération internationale dans le domaine de l'environnement*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/RES/3034 (XXVII) du 18 décembre 1972, *Mesures visant à prévenir le terrorisme international qui met en danger ou anéantit d'innocentes vies humaines, ou compromet les libertés fondamentales, et étude des causes sous-jacente des formes de terrorisme et d'actes de violence qui ont leur origine dans la misère, les déceptions, les griefs et le désespoir et qui poussent certaines personnes à sacrifier des vies humaines, y compris la leur, pour tenter d'apporter des changements radicaux*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A.G. 3379 du 10 novembre 1975, *Elimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A.G. 3452 (XXX) du 9 décembre 1975, *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Assemblée Générale de l'ONU.
- A/33/18 du 10 novembre 1978, *Observer Status for the agency for cultural and Technical co-operation in the genral Assembly*, Assemblée Générale de l'ONU.
- A/RES/49/60 (XLIX) du 17 février 1995, *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Assemblée Générale de l'ONU.
- A/RES/51/210 du 17 décembre 1996, *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Assemblée Générale de l'ONU.
- E/CN.4/RES/1999/82 du 30 avril 1999, *Diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme.
- E/CN.4/RES/2000/84 du 26 avril 2000, *Diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme.
- E/CN.4/RES/2001/4 du 18 avril 2001, *La lutte contre la diffamation des religions en tant que moyen pour promouvoir les droits de l'homme, l'harmonie sociale et la diversité religieuse et culturelle*, Commission des droits de l'homme.
- S/RES/1373 du 28 septembre 2001, Conseil de Sécurité
- A/57/37 du 11 février 2002, *Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996*, Assemblée Générale de l'ONU.
- E/CN.4/RES/2002/9 du 15 avril 2002, *la lutte contre la diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme.
- E/CN.4/RES/2003/4 du 14 avril 2003, *La lutte contre la diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme.
- E/CN.4/RES/2004/6 du 13 avril 2004, *La lutte contre la diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme.
- E/CN.4/RES/2005/3 du 12 avril 2005, *La lutte contre la diffamation des religions*, Commission des droits de l'homme.
- E/CN.4/RES/2005/32 du 19 Avril 2005, *Démocratie et Etat de droit*, Commission des droits de l'homme.

- A/RES/60/1 du 25 Octobre 2005, *Document final du sommet mondial de 2005*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/RES/60/150 du 16 décembre 2005, *La lutte contre la diffamation des religions*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/HRC/10/22 du 26 mars 2006, *La lutte contre la diffamation des religions*, Conseil des droits de l'homme

- A/RES/61/164 du 19 décembre 2006, *La lutte contre la diffamation des religions*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/HRC/4/9 du 30 mars 2007, *La lutte contre la diffamation des religions*, Conseil des droits de l'homme.

A/HRC/RES/6/37 du 14 décembre 2007, *Elimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, Conseil des droits de l'homme.

- A/RES/62/154 du 18 décembre 2007, *La lutte contre la diffamation des religions*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/HRC/7/19 du 27 mars 2008, *La lutte contre la diffamation des religions*, Conseil des droits de l'homme.

- A/RES/63/171 du 18 décembre 2008, *La lutte contre la diffamation des religions*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/RES/64/156 du 18 décembre 2009, *La lutte contre la diffamation des religions*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/HRC/13/16 du 25 mars 2010, *La lutte contre la diffamation des religions*, Conseil des droits de l'homme.

- A/RES/65/226 du 21 décembre 2010, *Situation des droits de l'homme en République islamique d'Iran*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/RES/65/224 du 21 décembre 2010, *La lutte contre la diffamation des religions*, Assemblée Générale de l'ONU.

- A/RES/67/178 du 28 Mars 2013, *Lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation, la discrimination, l'incitation à la violence et la violence fondés sur la religion ou la conviction*, Assemblée Générale de l'ONU.

H. RAPPORTS

- A/CN.4/144, *Premier rapport du Rapporteur spécial Sir Humphrey Waldock sur le droit des traités*, commission de droit international, Annuaire de la commission de droit international, Vol. II, 1962.

- E/CN.4/1993/41 du 28 janvier 1993, *Rapport final sur la situation des droits de l'homme dans la République islamique d'Iran*, Commission des droits de l'homme.

- A/CN.4/470, *Premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités : Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, Rapport soumis par Alain Pellet Rapporteur spécial sur les réserves aux Traités, Annuaire de la Commission du droit international, Vol. II-1, 1995

- A/CONF.177/20/Rev, *Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, Comité de l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Beijing, 4-15 septembre 1995.

- A/CN.4/477 et Add.1, *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, Rapport soumis par Alain Pellet Rapporteur Spécial sur les réserves aux Traités, Annuaire de la Commission du droit international, vol. II(1), 1996

- A/51/950 du 20 Aout 1996, *Rénover l'Organisation des Nations Unies : un programme de réformes*, Rapport du Secrétaire général de l'ONU.

- A/51/761 du 17 janvier 1997, *Un agenda pour la démocratisation*, Rapport du secrétaire général de l'ONU.

- A/49/38 du 14 mai 1998, *Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

- E/CN.4/1999/58 du 11 janvier 1999, *Droits civils et politiques et notamment : Intolérance religieuse*, Rapport soumis par Abdelfattah Amor rapporteur spécial sur l'intolérance religieuse.

- CAT/C/42/Add.2 du 27 février 2001, *Rapport initial du Royaume d'Arabie saoudite sur l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Additif)*, Commission contre la Torture.

- CAT/C/CR/28/5 du 12 Juin 2002, *Conclusions et recommandations du comité contre la torture (Arabie Saoudite)*, Commission contre la Torture.

- CAT/C/SR.516 du 14 octobre 2002, *Compte Rendu Analytique De La Première Partie De La 516e Séance*, Comité contre la Torture.

- A/57/387 du 16 Octobre 2002, *Renforcer l'ONU : un programme pour aller plus loin dans le changement*, Rapport du Secrétaire général de l'ONU.

Jean-Charles Brisard, *Terrorism Financing : Roots and trends of Saudi terrorism financing*, Rapport préparé à la demande de la présidence du Conseil de Sécurité de l'ONU, New York, 19 décembre 2002.

- Haut Commissariat des droits de l'homme, *Compilation of documents or texts adopted and used by various intergovernmental, international, regional and subregional organizations aimed at promoting and consolidating democracy*, A la demande de la commission des droits de l'homme, RES/2003/36 du 23 Avril 2003, Interdépendance de la démocratie et des droits de l'homme

- E/CN.4/2005/61 du 20 décembre 2004, *Droits civils et politiques notamment la question de l'intolérance religieuse*, Rapport soumis par Asma Jahangir Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction.

- A/59/2005 du 24 Mars 2005, *Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous*, Rapport du secrétaire général de l'ONU.

- A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006, *Fragmentation du droit international: Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, p. 11.

- A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), *Rapport de la commission de droit international à l'assemblée générale sur les travaux de sa 58ème session*, Commission de droit international, Annuaire de la commission du droit international, Vol. II, 2006.

- A/HRC/4/19 du 12 janvier 2007, *Application de la résolution 60/251 de l'assemblée générale du 15 mars 2006, intitulée conseil des droits de l'homme*, Rapport de Doudou Diène Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée.

- UNCTAD/LDC/2011 du 5 octobre 2011, *Rapport de 2011 sur les pays les moins avancés : Contribution potentielle de la coopération Sud-Sud à un développement équitable et durable*, UNCTAD.

- A/66/10/Add.1, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Rapport de la Commission de droit international, 2011.

- A/67/40 (Vol. I), *Rapport du comité des droits de l'homme*, Comité des droits de l'homme, 2012.

V. SITES INTERNET

- Centre Arabe des recherches juridiques et judiciaires (CARJJ) affilié au conseil des ministres de la justice Arabes.

URL : <http://www.carjj.org/node/236>

- Site officiel du conseil de choura du royaume d'Arabie Saoudite.
URL : <http://www.shura.gov.sa/wps/wcm/connect/ShuraEn/internet/Laws+and+Regulations/The+Basic+Law+Of+Government/Chapter+One/>

- Site officiel de l'OIC.

URL : <http://www.oic-oci.org/oicv2/home/?lan=en>

- Site officiel de la ligue des Etats arabes.

URL : <http://www.lasportal.org/Pages/Welcome.aspx>

TABLE DES MATIERES

TABLE DES ABBREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	7
SYSTEME DE TRANSLITTERATION	9
SOMMAIRE.....	11
INTRODUCTION	13
DU MALAISE A LA RESISTANCE: CONSTAT.....	18
LA DYNAMIQUE DU DROIT ET DE LA SOCIETE : ARGUMENT.....	30
LA RAISON JURIDIQUE: METHODE	42
PREMIERE PARTIE : LA REACTION EN PRESERVATION FACE AU SYSTEME JURIDIQUE INTERNATIONAL	65
CHAPITRE I : LA PRESERVATION DE LA RAISON JURIDIQUE PAR LA CONTRAINTE IDEOLOGIQUE	68
SECTION I : L'IDEOLOGIE JURIDIQUE DES VALEURS : CONDITIONS POUR UN DROIT JUSTE	71
PARAGRAPHE 1 : ET SI LA NORME ETAIT DANS LA CHOSE ?.....	71
A. Le droit révélé et la raison juridique islamique	73
1. Un droit au statut particulier.....	73
a. Raison et Révélation	76
2. Où se place le droit moderne à raison juridique islamique ? : Résultats d'une hybridation	81
B. L'incompatibilité avec le discours du droit international : Mesurer l'écart des raisons juridiques à travers de l'idéologie des valeurs	86
1. Les fondements philosophiques du droit international.....	88
a. Les fondements de la rationalité du droit international	88
b. La légitimité du droit international	94
2. La perspective moraliste du droit international	99
a. La centralité des droits humains en droit international en tant que discours de valeurs	100
b. L'écart des discours quant à la nature du droit et des droits et son impact sur les réactions de la raison juridique concurrencée	104

PARAGRAPHE 2 : LE CHOC DES UNIVERSALITES	108
A. Le droit international de l'humanité : une quête incessante pour l'universalité.....	109
1. Un droit international pour l'humanité : l'universalité du droit intégré dans l'humanité	109
2. Encore les droits de l'homme	113
B. L'universalité contestée par la raison juridique islamique : l'impossible compromis ?	116
1. L'incompatibilité du discours de la philosophie des droits humain avec la raison juridique islamique	117
2. Les manifestations de la rupture	119
SECTION II : L'IDEOLOGIE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION : CONDITIONS POUR UN DROIT LEGITIME	124
PARAGRAPHE 1: LES FONDEMENTS DU POUVOIR ET DE LA LEGITIMITE	125
A Les fondements de la légitimité du pouvoir dans la raison juridique islamique	126
1. Le discours sur la nature du pouvoir	126
a. Le pouvoir institué : besoin naturel et obligation divine	127
b. Un pouvoir dépossédé de la prérogative de dire le droit	129
2. Le concept d'Etat islamique ou la renaissance du Califat Islamique .	131
a. Aux origines de l'Etat Islamique : le Califat	132
b. Le principe de consultation (<i>choura</i>) dans l'Etat Islamique.....	135
B. La philosophie moderne de l'Etat et le droit international	136
1. L'idée de l'Etat dans la philosophie politique et juridique occidentale	137
a. La perspective Hobbesienne	138
b. La perspective Rousseauiste	141
2. L'Etat diseur du droit : le clivage avec la raison juridique islamique	143
PARAGRAPHE 2 : DE LA NATURE DU POUVOIR	145
A. De la démocratie	146
1. Le principe démocratique en droit international.....	147
a. Le principe d'autonomie constitutionnelle	148

b. L'irrésistible émergence du principe démocratique en droit international.....	149
2. La démocratie n'est pas délibération (choura)	151
B. De la laïcité	153
1. L'émergence de la laïcité en tant que standard en droit international	154
a. La laïcité par les droits (et le droit).....	154
b. La laïcité par la pratique des institutions.....	155
2. L'impossible conciliation	157
CHAPITRE II : LA PRESERVATION DE LA RAISON JURIDIQUE ISLAMIQUE PAR LA CONTRAINTE DE LA SANCTION	160
SECTION I : LA THEORIE DE LA SANCTION EN DROIT MUSULMAN.	162
PARAGRAPHE 1 : Une politique criminelle islamique ?.....	163
A. Les contours de la théorie de la violence légitime	164
1. De la symbolique théologique à l'ordre éthico-juridique.....	164
2. Détermination des contours de la violence légitime	168
B. Les finalités des peines	171
PARAGRAPHE 2 : La classification des peines en droit musulman	177
A. Les peines des <i>Hudud</i>	178
1. Les crimes punis par les hudud et leurs sanctions.....	178
a. Le champ d'application des châtiments corporels.....	179
b. Le champ d'application de la peine de mort	182
2. Les moyens de preuve	188
B. Les autres catégories de peines.....	192
1. Le <i>qissas</i>	192
a. Le champ juridique de l'application du <i>qissas</i>	192
b. Les perspectives d'évolution de la rationalité pénale à partir du régime juridique du <i>qissas</i>	195
2. Les <i>Ta'azirat</i>	198
SECTION II : LA RECEPTION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX EN DROIT PENAL ISLAMIQUE : UN IMPOSSIBLE TERRAIN DE CONCILIATION ?	201
PARAGRAPHE 1 : La mise en place du droit pénal islamique dans les systèmes juridiques islamiques contemporains.....	202

A. La conservation du droit pénal islamique traditionnel : le cas du Royaume de l'Arabie Saoudite.....	203
B. L'intégration du droit pénal islamique dans le corpus juridique étatique : Les cas de l'Iran et du Pakistan.....	209
1. La république islamique de l'Iran	209
2. La république islamique du Pakistan	215
a. Les leçons du décret sur le <i>zina</i>	217
b. Les leçons de l'application des sanctions de <i>qissas</i> et de <i>diyat</i>	221
PARAGRAPHE 2 : Le droit pénal islamique et la résistance au droit international.....	223
A. Le rejet des normes internationales incompatibles avec le droit pénal islamique	224
B. La neutralisation du rôle des réformes : l'influence limitée du modernisme islamique	232
1. Les contours de la théorie moderniste islamique	234
a. La réforme par la transformation interne.....	234
b. Réformer par le renouveau absolu des structures de la pensée	236
2. Les châtiments corporels dans la réflexion moderniste.....	241
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	245
DEUXIEME PARTIE : LA REACTION EN INNOVATION FACE AU SYSTEME JURIDIQUE INTERNATIONAL.....	247
CHAPITRE I: LA RESOLUTION DES CONFLITS PAR L'INNOVATION INTEGRATIVE	249
SECTION I : L'INNOVATION INTEGRATIVE PAR L'ADAPTATION : L'EXEMPLE DES RESERVES AUX CONVENTIONS INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME.....	251
PARAGRAPHE 1 : Le régime juridique des réserves en droit international.	252
A. La théorie générale des réserves en droit international	252
1. Le cadre de la convention de Vienne sur le droit des traités	253
2. La question de la compatibilité avec l'objet et le but du traité.....	260
B. Les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme.....	265
1. La spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme	266
2. Le rôle des organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme	268

a. Le rôle des organes de surveillance des traités dans la détermination de la nature d'une réserve	268
b. Le rôle des organes de surveillance des traités dans la détermination de l'effet d'une réserve.....	272
PARAGRAPHE 2 : La pratique des réserves islamiques aux traités relatifs aux droits de l'homme : L'exemple des réserves à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes	274
A. Les réserves islamiques à la CEDEF	275
1. Le cadre des réserves islamiques à la CEDEF	276
2. L'impact des réserves islamiques sur la CEDEF.....	282
B. La réaction de la communauté internationale aux réserves islamiques .	288
1. La réaction du comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes	288
2. La réaction des autres Etats parties à la CEDEF	292
SECTION II : L'INNOVATION INTEGRATIVE PAR LA RECUPERATION : L'EXEMPLE DES CONVENTIONS ISLAMQUES DES DROITS DE L'HOMME	296
PARAGRAPHE 1 : Une lecture personnalisée des droits.....	297
A. La dimension culturelle des droits.....	299
1. La centralité du paradigme religieux	299
2. Le contenu des droits	304
B. La dimension politique des droits : Une définition du droit des peuples à disposer d'eux mêmes	308
1. La conception traditionnelle du droit des peuples à disposer d'eux mêmes.....	309
2. La conception du droit des peuples à disposer d'eux mêmes dans la charte arabe et dans la déclaration du Caire	313
PARAGRAPHE 2 : Une protection limitée des droits	317
⌈ La commission permanente et indépendante des droits de l'homme de l'OCI	317
1. Contexte de la création de la CPIDH.....	317
2. La CPIDH : Un organe ambigu	320
⌋ Le comité arabe des droits de l'homme créé au sein de la charte arabe des droits de l'homme	324
1. La structure du comité : la quête de l'indépendance	324
2. Les fonctions du comité : la quête de l'efficacité	327

CHAPITRE II : LA RESOLUTION DES CONFLITS PAR L'INNOVATION RADICALE.....	330
SECTION I : ACTEURS INTERNATIONAUX RELIGIEUX ET DROIT INTERNATIONAL : L'ASCENSION DE L'OCI	332
PARAGRAPHE 1 : l'OCI et la diffamation des religions	335
A. Le rôle de l'OCI dans le développement du concept de diffamation des religions au niveau des textes internationaux.....	335
1. Le développement du concept de diffamation des religions	335
2. L'étendu concept de diffamation des religions tel que promu par l'OCI	340
B. Les critiques adressées au concept de diffamation des religions.....	343
PARAGRAPHE 2 : l'OCI et le terrorisme.....	349
A. Le terrorisme : Un concept problématique.....	349
1. Le flou conceptuel autour de la notion de terrorisme.....	349
2. Le terrorisme dans les textes régionaux	353
B. Le positionnement de l'OCI par rapport au concept de terrorisme	357
1. L'approche de l'OCI concernant la question du terrorisme	357
2. La convention de l'OCI sur la lutte contre le terrorisme.....	360
SECTION II : LE DROIT DES FINANCES ISLAMQUES, OU. LE POSITIONNEMENT DANS LE JEU MARCHAND	365
PARAGRAPHE 1 : Eléments de base du droit des finances islamiques	367
A. Les principes à la base du droit des finances islamiques.....	367
B. Les règles fondamentales du droit des finances islamiques	370
1. L'interdiction du Riba	371
2. L'interdiction du Gharar.....	373
PARAGRAPHE 2 : L'apport du droit des finances islamiques à la dynamique de la globalisation économique.....	375
A. La perspective d'un modèle alternatif	375
B. Le mythe du renouveau rattrapé par la réalité	378
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	383
CONCLUSION GENERALE	384
BIBLIOGRAPHIE	388
I. OUVRAGES	388
II. THESES	400

III. ARTICLES	401
IV. DOCUMENTATION OFFICIELLE	417
A. TEXTES CONSTITUTIONNELS DES ETATS.....	417
B. TEXTES DE LOIS INTERNES	418
C. TEXTES REGIONAUX	418
1. INSTRUMENTS REGIONAUX	418
2. RESOLUTIONS D'ORGANISMES REGIONAUX.....	419
D. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX.....	420
E. JURISPRUENCE INTERNATIONALE ET REGIONALE.....	420
F. AVIS DES ORGANES DE CONTROLE DES TRAITES	421
G. RESOLUTIONS DES ORGANES DE L'ONU	422
H. RAPPORTS	425
V. SITES INTERNET	427
TABLE DES MATIERES.....	428

Résumé :

Les rapports entre islam et droit international sont traditionnellement perçus en termes de résistances et de conflits. Certes, cela est la traduction d'une réalité indéniable, mais cette approche ne permet pas de saisir les dynamiques complexes qui conduisent à de pareilles réactions. Afin de dépasser ce point de vue figé, il semble opportun d'approcher les deux sujets d'étude en interaction et tenter de modéliser les réactions qui s'ensuivent. Cette tentative ne peut être concrétisée qu'à partir d'une méthode systémique et qui prenne en compte tous les éléments pouvant influencer les réactions du système juridique et ordonner son évolution. Cette méthode, c'est celle offerte par la théorie de la raison juridique développée par A.J. Arnaud et appliquée à l'exemple islamique. Dans ce sens, il transparaît que l'interaction avec l'ordre juridique international est évidemment productrice de réactions de préservation de la raison juridique islamique mais pourrait aussi être porteuse d'un mouvement d'innovation. Dans un premier temps, cela permet de déconstruire les points de vue traditionnels sur les rapports entretenus entre droit international et islam et au moins de leur offrir plus de profondeur intellectuelle. Dans un deuxième temps, cette tentative permet de proposer un point de vue qui se veut multidimensionnel et non parcellaire et constitue une prise de position sur la façon d'aborder les phénomènes juridiques. Ainsi, au lieu de se résoudre à reconnaître, telle une fatalité, l'impossibilité de rapprocher les idéaux du droit international et des systèmes à raison juridique islamique, cette étude tente de comprendre la dynamique qui a lieu afin de prédire les réactions et par conséquent prévoir les transformations. Dès lors, le rapprochement n'est plus considéré comme une finalité, mais plutôt comme une possibilité. L'approche est, sans doute, des plus pragmatiques puisqu'elle ne renie pas la réalité mais l'assume.

Mots clés : Raison juridique- Raison juridique islamique- Droit international- Systèmes- Complexité- Droits de l'homme- Universalisme- Particularisme.

Abstract :

The relationship between Islam and international law is traditionally seen in terms of resistances and conflicts. Despite being the translation of an established reality, this approach fails to grasp the complex dynamics which lead to such reactions. In order to go beyond this fixed point of view, it seems appropriate to approach the study subjects while in interaction and attempt to deduce a model from the ensuing reactions. This attempt could only be realised by following a systemic method which is capable of taking into consideration all the elements influencing the reactions of the studied legal systems and their evolutions. This method could be found in the theory of legal reason developed by A.J. Arnaud and applied to the Islamic example. In this regard, the legal reason method shows that the interaction with the international legal order is clearly producing reactions which aim to preserve the Islamic legal reason but could also be the bearer of a movement of innovation. First, this method allows the deconstructing of the traditional point of views on the relationships between international law and Islam and at least provides them with more intellectual depth. Secondly, this attempt allows to offer a multidimensional point of view and constitutes a stance on the appropriate way to study legal phenomena. Thus, instead of resolving to recognise the impossibility of harmonising the ideals of the international law and the legal systems based on a Islamic legal reason, this study attempts to understand the dynamics which take place during these interactions in order to predict the reactions and the transformations. As a consequence, the reconciliation is no longer seen as a finality but as a possibility. There is no doubt that this approach is more pragmatic since it assumes the reality of the interactions and their dynamics instead of ignoring it.

Key words: Legal reason- Islamic legal reason- International law- Systems- Complexity- Human rights- Universalism- Particularism.